

في فروع مذهب الإمام الشافعي
رضي الله عنه

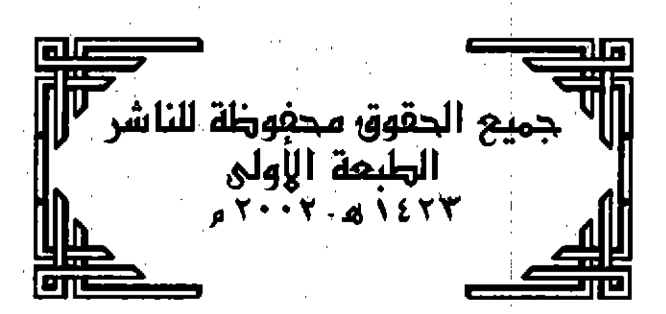
تأليف

الشيخ الإمام أبي المحاسن
عبد الواحد بن إسماعيل الروياني
المتوفى سنة ٥٠٢ هـ

حققه وعلق عليه
أحمد عزو عناية الدمشقي

الجزء الرابع عشر

دار إحياء التراث العربي
بيروت - لبنان



DAR EHIA AL-TOURATH AL-ARABI
Publishing & Distributing

دار إحياء التراث العربي
للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف: ٢٧٢٦٥٢ - ٢٧٢٦٥٥ - ٢٧٢٧٨٢ - ٢٧٢٧٨٣ فاكس: ٨٥٠٧١٧ - ٨٥٠٦٢٣ ص.ب: ١١/٧٩٥٧

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel. 272652 - 272655 - 272782 - 272783 Fax: 850717 - 850623 P.O.Box: 7957/11

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كتاب العتق[١]

باب عتق الشرك في الصحة والمرض والوصايا في العتق

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ قِيمَةَ العَبْدِ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ عَدْلٍ وَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَعُتِقَ العَبْدُ وَإِلَّا فَقَدْ عُتِقَ مَا عُتِقَ وَهَكَذَا رَوَى ابْنُ عُمَرَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ». قال الماوردي: إنَّما عِتْقُ الْعَبِيدِ وَالإِمَاءِ مِنَ الْقُرَبِ التي تَتَرَدَّدُ بين وُجُوبٍ وَنَدْبٍ والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿فَلَا اقْتَحَمَ الْعَقَبَةَ * وَمَا أَدْرَاكَ مَا الْعَقَبَةُ * فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ [البلد: ١١ - ١٣] يعني عتق رقبة من الرق.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «فِي جَهَنَّمَ عَقَبَةٌ لَا يَقْتَحِمُهَا إِلَّا مَنْ فَكَّ رَقَبَةً»[٢].

وَقَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ﴾ [الأحزاب: ٣٧] يعني زيد بن حارثة أنعم الله عليه بالإسلام وأنعم عليه رسول الله ﷺ بالعتق ولذلك سمي المولى المعتق منعماً وقال الله تعالى فيما أوجبه من كفارة القتل: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢] وفيما أوجبه من كفارة الظهار ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ وفي الكتابة المفضية إلى المعتق: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] ورُوي عَنْ ابن عُيَيْنة أن رسولَ اللَّهِ ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً كَانَتْ فِدَاءَهُ مِنَ النَّارِ»[٣]. وروى واثلةُ بن الأسقع، وعبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً أَعْتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهَا عُضْواً مِنهُ من النَّارِ»[٤].

---

(١) أخي القارىء: من بداية كتاب العتق إلى باب من يعتق عليه بالملك تم إضافته من كتاب الحاوي الكبير للماوردي.

(٢) ذكره السيوطي في الدر المنثور (٦/٥٩٦).

(٣) أخرجه عن عمرو بن عَبَسَة النسائي في الجهاد، باب ثواب من رمىٰ بسهم في سبيل الله عز وجل (٣١٤٢)، وأبو داود في العتق، باب أي الرقاب أفضل (٣٩٦٦).

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (١٥٥٨٠).

وروي أن عائشة رضي الله عنها نذرت أن تعتق عشرة من بني إسماعيل فسبي قوم من بني تميم فقال لها النبي ﷺ: «إِنْ سَرَّكِ أَنْ تُعْتِقِي الصَّمِيمَ مِنْ وَلَدِ إِسْمَاعِيلَ فَأَعْتِقِي هَؤُلَاءِ»[1].

وأعتق رسول الله ﷺ سلمان، وشقران، وثوبان، وزيد بن حارثة، واشترى أبو بكر رضي الله عنه بلالاً وكان يعذب على الإسلام فَأَعْتَقَهُ لوجه الله تعالى، فقال فيه عمر ابن الخطاب رضي الله عنه: بلال سيدنا وعتيق سيدنا.

وفي قوله بلال سيدنا ثلاثة تأويلات:

أحدها: قوله ﷺ: «سَيِّدُ الْقَوْمِ خَادِمهُمْ»[2]. **والثاني**: لسابقته في الإسلام، وأنه كان من المعذبين فيه. **والثالث**: أنه قصد به التواضع وكسر النفس.

وقد أعتق عمر، وعثمان، وعلي رضوان الله عليهم، عبيداً وإماءاً وكذلك أهل الثروة من الصحابة رضي الله عنهم في عصر الرسول ﷺ وبعده، فدل على فضل العتق فقيل: يَا رَسُولَ اللَّهِ: أَيُّ الرِّقَابِ أَفْضَلُ؟ قَالَ: أَكْثَرُهَا ثَمَناً وَأَنْفَسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا»[3] ولأن في العتق فكاً من ذل الرق بعزّ الحرية وكمال الأحكام بعد نُقْصَانِهَا، والتصرف في نفسه بعد المنع منه وتملك المال بعد حظره عليه فكان من أفضل القُرَبِ من المُعْتِقِ وأجزل النِّعَم على المُعْتَقِ ولأن الله تعالى كفر به الذنوب وجبر به المآثم ومحا به الخطايا وما هو بهذه الحال فهو عند الله عظيم.

فصل

فإذا تقرر هذا فالعتق ضربان: واجب وتطوع.

فالواجب خاص في بعض الرقاب. وهي أن تكون مؤمنة سليمة من العيوب. والتطوع أن يكون عاماً في جميع الرقاب من مؤمنة وكافرة وسليمة ومعيبة. والعتق يقع بالقول الصريح وكناية. والصريح لفظتان: أعتقتك، وحررتك، يقع العتق بهما مع وجود النية وعدمها. والكناية: قوله حرمتك، وسبيتك، وأطلقتك، وخليتك، وما في معناه، فإن نوى به العتق عتق وإن لم ينو لم يعتق ولا يعتق بالنية من غير لفظ كالطلاق ويصح معجلاً ومؤجلاً وناجزاً وعلى صفة وبعوض وبغير عوض اعتباراً بالطلاق وبعلم العبد وبغير علمه ومع إرادته وكراهته.

---

(١) أخرج نحوه البيهقي (٩/ ٧٠).

(٢) ذكره العجلوني في كشف الخفاء (١/ ٥٦٢).

(٣) أخرجه مسلم في الإيمان، باب بيان كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال (٨٤).

فصل

وإذا كان العتق على ما وصفنا فهو يسري كسراية الطلاق وسرايته أعم من سراية الطلاق لأنه يسري إلى ملك المعتق وإلى غير ملكه وسراية الطلاق لا تسري إلا إلى ملك المطلق، فإذا أعتق الرجل بعضاً من عبده كقوله: نصفه حر عتق جميعه ولم يقف العتق الذي باشره.

وروى قتادة عن أبي المليح أسامة بن عُمير عن أبيه أن رجلاً أعتق شقصاً من غلام فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فقال: «هُوَ حُرٌّ كُلُّهُ لَيْسَ لَكَ شَرِيكٌ»[(١)].

وإذا أعتق شركاء له في عبد شرك بينه وبين غيره عتق عليه ما يملكه منه وروعيت حاله في يساره وإعساره فإن كان موسراً سرى عتقه إلى شريكه، وعتق عليه جميعه، ووجب عليه لشريكه قيمة حصته، ولم يكن للشريك أن يستبقيها على ملكه ولا أن يعتقها في حق نفسه، وإن كان المعتق موسراً لم يسر عتقه إلى حصة الشريك، وكانت حصته باقية على ملكه إن شاء أعتقها وإن شاء استبقاها ولا يجبر العبد على الاستسعاء فيما رق منه في حق واحد منهما وتتبعض في العبد الحرية والرق. وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن تتبعض فيه فيكون بعضه حراً وبعضه مرقوقاً. والواجب تكميل الحرية فيه فإن كان المعتق موسراً كان شريكه بالخيار بين ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعتق حصته مباشرة فيكون الولاء بينهما. **والحالة الثانية**: أن يستسعي العبد في حصته فيعتق عليه بالسوية ويكون الولاء بينهما. **والحالة الثالثة**: أن يأخذ المُعْتِقُ بقيمة حِصَّتِهِ ويكون المُعْتَقُ فيه بين خيارين إن شاء أعتقه، وإن شاء استسعاه في حصته فيه بقيمتها، وإن كان المُعْتِقُ معسراً كان الشريك في حصته بين خيارين: إما أن يعتقها وإما أن يستسعي العبد فيها.

وقال ربيعة بن أبي عبد الرحمٰن: لا يصح أن ينفرد أحدهما بعتق حصته في يساره وإعساره إلا أن يجتمعا على عتقه فيعتق عليهما، فإن تفرد أحدهما بالعتق لم يقع.

وقال الأصم وابن عُلَيَّة: يعتق حصة المعتق ولا يعتق عليه حصة الشريك موسراً كان أو معسراً. وقال أبو يوسف ومحمد: يعتق حصة الشريك على المعتق موسراً كان أو معسراً، واستدل أبو حنيفة بما رواه سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن النَّضْر بن أنسٍ عن بشير ابن نهيك عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ مِنْ عَبْدٍ فَعَلَيْهِ خَلَاصُهُ فِي مَالِهِ

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ (١٠/ ٢٧٤).

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مالٌ! استسعى الْعَبْدُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ»[١].

قالُوا: وَهَذَا نص. قالوا: ولأن تنافي أحكام الحرية والرق تمنع من تبغيض الحرية والرق كما امتنع من تبعيض الزوجية إباحة وحظراً. قالوا: ولأنه ما لم تبعض الحرية والرق في ملك الواحد. لم تبعض في ملك الاثنين.

قالوا: ولأن عتق أحد الشريكين يجعل العبد فيما يمكله من حرية نفسه كالغاصب في حق الآخر فوجب أن يستسعي في قيمة نفسه كما يؤخذ الغاصب بقيمة غصبه. ودليلنا ما رواه الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ قِيمَةَ الْعَبْدِ قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ عَدْلٍ فَأُعْطِيَ شُرَكَاؤُهُ حِصَصُهُمْ وَعُتِقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ وَإِلَّا فَقَدْ عُتِقَ مِنْهُ وَرُقَّ مِنْهُ مَا رُقَّ»[٢].

وهذا يدل على عتقه في حق الموسر دون حق المعسر، ويدل عليه ما رواه عطاء عن سعيد بن المسيب عن عمران بن الحصين، وروى سماك بن حرب عن الحسن عن عمران ابن الحصين، وروى أيوب عن محمد بن سيرين عن عمران بن الحصين أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبدٍ عند موته وليس له مال غيرهم فبلغ ذلك إلى رسول الله ﷺ فدعاهم وجزَّأهم ثلاثة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعة[٣].

فمنع هذا الخبر من قول أبي حنيفة، لأن فيه أنه جزأهم وأبو حنيفة لا يجزئهم وأقرع بينهم، وأبو حنيفة لا يقرع بينهم، وأعتق منهم اثنين وأبو حنيفة يعتق من كل واحد ثلثه، وأرق أربعة وأبو حنيفة لا يسترقهم، وأوجب استسعاءهم والنبي ﷺ لم يوجبه فصار مذهبه مخالفاً للخبر في جميع أحكامه فوجب أن يكون مدفوعاً به، لأن الاستسعاء عتق بعوض فلم يجبر عليه العبد كالكتابة، ولأنه لما لم يقوم على المعتق المعسر فأولى أن لا يقوم على العبد بالسعاية، لأنه أسوأ حالاً من المعسر للعلم بإعسار العبد في الظاهر والباطن وإعسار المعتق في الظاهر دون الباطن.

ولأن ما يقتضيه التقويم هو العتق لدخول الضرر به في حصة الشريك فلما سقط التقويم

---

(١) أخرجه البخاري في الشركة، باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة عدل (٢٤٩٢).

(٢) أخرجه البخاري في العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين أو أمة بين الشركاء (٢٥٢٢)، ومسلم في العتق (١٥٠١).

(٣) أخرجه مسلم في الأيمان، باب من أعتق شركاً في عبد (١٦٦٨)، والترمذي في الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء فيمن يعتق مماليكه عند موته (١٣٦٤)، وأبو داود في العتق، باب فيمن أعتق عبيداً له (٣٩٥٨).

في حق المعتق بإعساره وهو مباشر كان أولى أن يسقط عن العبد بما قد يجوز أن لا يصل إليه من سعايته، وقد قال النبي ﷺ: «مَنْ ضَرَّ أَضَرَّ اللَّهُ بِهِ».

فأما الجواب عن احتجاجهم بالخبرين فَمِن وجهين: **أحدهما**: اختلاف الرواية فيه. **والثاني**: استعماله. فأما اختلاف الرواية فمن أوجه:

أحدها: أن الاستسعاء تفرد به سعيد بن أبي عروبة عن قتادة فيما رواه العراقيون عنه وقد رواه أبو داود عن ابن أبي عيسى عن سعيد ولم يذكر السعاية.

والثاني: أن سعيد بن أبي عروبة تفرد برواية السعاية من بين أصحاب قتادة، وقد رواه من أصحاب قتادة من هو أضبط من سعيد وهو مسعر الحافظ وهشام الدستوائي ولم يذكرا فيه السعاية.

والثالث: أنه قد رواه هشام عن قتادة عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاً لَهُ مِنْ عَبْدٍ فَعَلَيْهِ خَلَاصُهُ فِي مَالِهِ» وأن قتادة قال فإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه فذكر قتادة ذلك عن نفسه فوهم فيه سعيد بن أبي عروبة فضمه إلى روايته.

قال أبو بكر النيسابوري: رواية همام أصح، لأنه فصل مذهب قتادة عن روايته وسعيد أزوجها في الرواية.

وأما استعمال الخبر في السعاية فمن وجهين:

أحدهما: أنه يحمل على المراضاة، دون الإجبار إذا طلبها العبد وأجاب إليه السيد، لأنه قال: غير مشقوق عليه والإجبار شاق، ولأن الاستسعاء استفعال وهو في اللغة موضوع للطلب كقولهم استسلف واستصعب واستقرض.

والثاني: أنه يحمل على استسعائه في خدمة الشريك واكتسابه له بحق ملكه لا لإطلاق الاستسعاء في احتمال الأمرين. وأما الجواب عن استدلالهم بأن تنافي أحكام الحرية والرق يمنع من الجمع بينهما فهو أنا نغلب أحدهما ولا نجمع بينهما فزال التنافي. وأما الجواب عن امتناع الجمع بينهما في ملك الواحد فهو أن اختياره للمعتق أوجب سرايته إلى ملكه، ولم يوجب سرايته إلى ملك شريكه إذا استقر. وأما الجواب عن جعلهم العبد كالغاصب فهو أنه لم يكن من العبد فعل ولا له على رقه يد فلم يجز أن يجعل كالغاصب المتعدي بيده واستهلاكه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَحْتَمِلُ قَوْلُهُ فِي عِتْقِ المُوسِرِ وَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَعتق العَبْدِ مَعْنَيَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ يَعْتِقُ بِالقَوْلِ وَبِدَفْعِ القِيمَةِ والآخر أَنْ يَعْتِقَ المُوسِرُ

وَلَوْ أَعْسَرَ كَانَ العَبْدُ حُراً وَاتُّبِعَ بِمَا ضُمِنَ وَهَذَا قَوْلٌ يَصِحُّ فِيْهِ القِيَاسُ (قال المزني) وَبِالقَوْلِ الأَوَّلِ قَالَ فِي كِتَابِ الوَصَايَا فِي العِتْقِ وَقَالَ فِي كِتَابِ اخْتِلَافِ الأَحَادِيثِ يَعْتِقُ يَوْمَ تَكَلَّمَ بِالعِتْقِ وَهَكَذَا قَالَ فِي كِتَابِ اخْتِلَافِ ابْنِ لَيْلَى وَأَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَ أَيْضاً فإِنْ مَاتَ المُعْتِقُ أُخِذَ بِمَا لَزِمَهُ مِنْ أَرْشِ المَالِ لَا يَمْنَعُهُ المَوْتُ حَقًّا لَزِمَهُ كَمَا لَوْ جَنَى جِنَايَةً وَالعَبْدُ حُرٌّ فِي شَهَادَتِهِ وَمِيرَاثِهِ وَجِنَايَاتِهِ قَبْلَ القِيمَةِ وَدَفْعِهَا (قال المزني) وَقَدْ قَطَعَ بِأَنَّ هَذَا المَعْنَى أَصَحُّ (قال المزني) وَقَطْعُهُ بِهِ فِي أَرْبَعَةِ مَوَاضِعَ أَوْلَى بِهِ مِنْ أَحَدِ قَوْلَيْنِ لَمْ يَقْطَعْ بِهِ وَهُوَ القِيَاسُ عَلَى أَصْلِهِ فِي القُرْعَةِ أَنَّ المُعْتِقَ يَوْمَ تَكَلَّمَ بِالعِتْقِ حَتَّى أَقْرَعَ بَيْنَ الأَحْيَاءِ وَالمَوْتَى فَهَذَا أَوْلَى بِقَوْلِهِ (قال المزني) رَحِمَهُ اللَّهُ قَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ لَوْ أَعْتَقَ الثَّانِي كَانَ عِتْقُهُ بَاطِلاً وَفي ذلك دَلِيلٌ لَوْ كَانَ مَلِكَهُ بِحَالِهِ لَوْ عُتِقَ بِإِعْتَاقِهِ إِيَّاهُ وَقَوْلِهِ فِي الأَمَةِ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ إِنْ أَحْبَلَهَا صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ إِنْ كَانَ مُوسِراً كَالعِتْقِ وَأَنَّ شَرِيكَهُ إِنْ وَطِئَهَا قَبْلَ أَخْذِ القِيمَةِ كَانَ مَهْرُهَا عَلَيْهِ تَامّاً وَفِي ذَلِكَ قَضَاءٌ لِمَا قُلْنَا وَدَلِيلٌ آخَرُ لَمَّا كَانَ الثَّمَنُ فِي إِجْمَاعِهِمْ ثَمَنَيْنِ أَحَدُهُمَا فِي بَيْعٍ عَنْ تَرَاضٍ يَجُوزُ فِيْهِ التَّغَابُنُ والآخَرُ قِيمَةُ مُتْلَفٍ لَا يَجُوزُ فِيْهِ التَّغَابُنُ وَإِنَّمَا هِيَ عَلَى التَّعْدِيلِ وَالتَّقْسِيطِ فَلَمَّا حَكَمَ النَّبِيُّ ﷺ عَلَى المُعْتِقِ المُوسِرِ بِالقِيمَةِ دَلَّ عَلَى أَنَّهَا قِيمَةُ مُتْلَفٍ عَلَى شَرِيكِهِ يَوْمَ أَتْلَفَهُ فَهَذَا كُلُّهُ قَضَاءٌ لأَحَدِ قوليه عَلَى الآخَرِ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال الماوردي: وهذا القول يصح فيه القياس قد ذكرنا أن عتق الموسر يسري إلى حصة شريكه، واختلف قول الشافعي في عتقها عليه بماذا يقع على ثلاثة أقاويل:

أحدها: نص عليه في اختلاف الحديث، واختلاف العراقيين وكتاب الوصايا أنه يعتق عليه حصة الشريك بنطقه قبل دفع القيمة، فيدفعها بعد نفوذ العتق، وهو قول ابن أبي ليلى وسفيان الثوري، وأحمد وإسحاق.

والقول الثاني: نص عليه في القديم لا يعتق عليه إلا بعد دفع القيمة إلى شريكه وهو قبل دفعها على بقاء حصته وهو قول مالك.

والقول الثالث: الأشبه ذكره عنه البويطي وحرملة، أن العتق في حصة الشريك موقوف مراعى فإذا دفع القيمة بَانَ أن العتق وقع باللفظ، وإن لم يدفعها بَانَ أنه لم يزل عن الرق.

ونظير هذه الأقاويل في ملك المبيع متى ينتقل عن البائع إلى المشتري على ثلاثة أقاويل: **أحدها**: بالعقد قبل مضي زمان الخيار. **والثاني**: بالعقد وانقضاء الخيار. **والثالث**: أنه موقوف مراعى.

فإن تم البيع بَانَ أنه كان مالكاً بنفس العقد، وإن لم يتم البيع بَانَ أنه لم يكن مالكاً.

فإذا قيل بالقول الأول أنه يعتق عليه باللفظ قبل دفع القيمة وهو المشهور من مذهبه فدليله رواية ابن أبي مليكة عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «إِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ وَكَانَ لَهُ مَالٌ فَقَدْ عُتِقَ كُلُّهُ»[١] ولأن فيه الحصة معتبرة وقت عِتْقِه فَدَلَّ على نفوذ العتق فيها بلفظة.

وإذا قيل بالقول الثاني: أنه لا يعتق إلا بدفع القيمة فدليله رواية عمرو بن دينار عن سالم عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال: «أَيُّمَا عَبْدٍ كَانَ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ فَإِنْ كَانَ مُوسِراً قُوِّمَ عَلَيْهِ قِسْمَةَ عَدْلٍ لَيْسَتْ بِوَكْسٍ وَلَا شَطَطٍ ثُمَّ يُعْتَقُ»[٢] ولأن العتق عن عرض فتحريمه يدفع العوض كالكتابة.

وإذا قيل بالقول الثالث: أن العتق موقوف مراعى فدليله أن تعارض الروايتين يقتضي الوقف والمراعاة لاستعمال الخبرين، ولأن في الوقف إزالة الضرر عن الشريك والعبد فكان أولى من إدخاله على الشريك بتعجيل العتق أو على العبد بتأخيره، ويكون وقف عتقه على هذا القول كمن أعتق عبده في مرض موته وله مال غائب لا يعلم أيسلم فيخرج العتق من ثلثه، أو يتلف فلا يخرج من ثلثه كان تحرير عتقه بعد موته موقوفاً على سلامة ماله، فإن سلم عتق جميع العبد من حين تلفظ بعتقه وإن تلف ماله بَانَ أنه لم يعتق منه إلا ثلثه، وأن باقيه لم يزل موقوفاً.

فصل

فأما المزني، فإنه اختار أشهر هذه الأقاويل وهو الأول أن حصة الشريك تعتق بلفظ المعتق، وتكون القيمة في ذمته حتى يؤديها، وتكلم على قيمته فصولاً بعضها تحقيق لمذهبه وبعضها نصرة لصحته.

فالفصل الأول: قال المزني بالقول الأول في كتاب الوصايا في العتق وقال في كتاب اختلاف الأحاديث يعتق يوم تكلم بالعتق وهكذا قال في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى فجعل المزني تكرار هذا القول في هذه المواضع التي لم يذكر غيره فيها إثباتاً له ونفياً لغيره، وليس الأمر على ما تَوَهمَ لأن أقاويله إذا فرقت لم يحتج إلى تكرارها في كل موضع ولو كان ما توهم صحيحاً لاقتضى إذا كرر أحدهما في مواضع وكرر الأخرى في مواضع أن

---

(١) أخرج نحوه البخاري في العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين أو أمة بين الشركاء (٢٥٢٥)، وأحمد في مسنده (٥١٢٨).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ (١٠/ ٢٧٥)، والشافعي في مسنده (١/ ١٩٤).

يكون نافياً لهما والذي يقتضى تحقيق مذهبه في أحد القولين أن يقول وبهذا أقول وهو أولى أن يحتج له.

فأما تكراره والتفريع عليه فقال بعضهم: لا تأثير لهما كما لا تَأثير لزيادة الشهود في تعارض البينتين. وقال آخرون: لها تأثير في أن غيرها لا يترجح عليه. واختلفوا هل يصير بها أرجح من غيره فرجح بها بعضهم ولم يرجح بها آخرون.

والفصل الثاني: قال المزني: فقال - يعني الشافعي - فإن مات المعتق أخذ ما لزمه من رأس المال لا يمنع الموت حقاً لزمه، كما لو جنى جناية، وهذا ذكره المزني احتجاجاً أن أخذ قيمة الحصة من شريكه بعد موته دليل على نفوذ العتق في حياته ولا حجة في هذا، لأن القيمة مأخوذة من شريكه على الأقاويل كلها، لأنه وإن لم يعتق عليه في أحدها، فقد كان منه السبب الموجب لعتقه، فكان مأخوذاً بعتقه في تركته كما لو جرح عبداً فسرى الجرح إلى نفسه بعد موته أخذت قيمة العبد من تركته، وإن وجبت بعد موته، وكذلك إن حفر بئراً في غير ملكه، ومات، كان غرم ما تلف فيها بعد موته من تركته، وإن وجبت بعد موته، لتقدم السبب في حياته، فلم يكن لما ذكره المزني من أخذ القيمة من تركته دليل على نفوذ العتق في حياته، لأننا إن قلنا بالأول أنه يعتق عليه بلفظه، كان المأخوذ من تركته، ما وجب عليه غرمه في حياته.

وإن قلنا بالثاني: أنه يعتق بأداء القيمة، فقد وجد منه السبب الموجب لعتقه، فوجب أن يكون غرم القيمة في تركته، لتقدم السبب الموجب لعتقه، كحفر البئر.

والفصل الثالث: قال المزني: قال الشافعي: إن العبد حر في شهادته، وحدوده، وميراثه، وجناياته، قبل القيمة وبعدها، وهذا الذي حكاه المزني مبني على الأقاويل الثلاثة، فإن قيل: بنفوذ عتقه باللفظ، جرت عليه أحكام الأحرار في شهاداته، وواجباته، وجناياته، وحدوده، وميراثه. وإن قيل أنه لا يعتق، إلا بأداء القيمة، جرت عليه أحكام العبيد في هذا كله. وإن قيل: إن عتقه موقوف على أداء القيمة، كانت أحكامه في هذا كله، موقوفة، فإن عتق بأداء القيمة، جرت عليه أحكام الأحرار في جميعها، وإن لم يعتق بها، جرت عليه أحكام العبيد في جميعها، فكان ما ذكره الشافعي - رحمه الله - على أحد أقاويله، فلم يكن فيه دليل.

والفصل الرابع: قال المزني: فقد قطع بأن هذا المعنى أصح قال المزني، وما قطع به في أربعة مواضع، أولى من أحد قولين لم يقطع به، وهذا الذي حكاه عن الشافعي وقطع به في أربعة مواضع، إن كان منه قطعاً بصحته كان تحقيقاً لمذهبه وعدولاً عن غيره، وإن كان

قطع به. لأن ذكره فيها، ولم يذكر غيره، فقد تقدم الجواب عنه، والمزني عدل فيما رواه معمول بما حكاه، والظاهر من روايته القطع بصحته، فلا امتناع من تصحيحه على مذهبه.

والفصل الخامس: قال المزني، وهو القياس على أصله في القديم، أن العتق يوم تكلم بالعتق، حتى أقرع بين الأحياء، والأموات، فهذا بقوله أولى. فيقال له.

أما القرعة بين من أعتقهم في مرضه إذا عجز الثلث عن قيمتهم بعد موته، واجبةٌ، وخروجها لأحدهم، موجب لتقدم عتقه في حياته، ولو مات أحدهم، وخرجت عليه القرعة بعد موته، بَانَ أنه كان حراً قبل موته، وهذا مما لا يختلف فيه مذهبه، وليس فيه دليل على عتق حصة الشريك قبل أخذ قيمته، لوقوع الفرق بينهما، فإن عتقه في المرض صادف ملكه، فوقع وإنما دخلت القرعة لاسترقاق ما عجز عنه الثلث، فصار العتق متقدماً، واستدراكه بالعجز متأخراً، وليس كذلك عتقه في حصة الشريك، لأنه عتق سرى إلى غير ملكه، فلم تستقر السراية إلا بدفع بدله، لئلا يزال ملكه المستقر بغير بدل مستقر، ثم يستخرج من معنى العتق في المرض دليل عليه أن العتق في حصة الشريك لا يقع إلا بدفع القيمة بأن العتق في المرض لما لم يتحرر إلا بأن يجعل للورثة، مثلاً قيمته وجب أن لا تعتق حصة الشريك، إلا بأن يصل إلى قيمته فيصير ما ذكره دليلاً عليه.

الفصل السادس: قال المزني: وقد قال الشافعي: فإن أعتق الثاني، كان عتقه باطلاً، وفي ذلك دليل على أنه لو كان ملكه بحالة العتق، بإعتاقه إياه، قيل: قد ذهب أبو علي ابن أبي هريرة إلى أن عتق الشريك لا يقع إذا قيل: أن حصته قد عتقت على المعتق بلفظه، ويعتق على الشريك إذا قيل: إن حصته لا تعتق إلا بدفع القيمة، فخلص من هذا الاعتراض، والذي عليه جمهور أصحابنا، وهو الظاهر من منصوص الشافعي، أن عتق الشريك لا يقع على الأقاويل كلها، لأنه إن قيل: أن العتق قد سرى إلى حصته، فقد أعتق بعد زوال ملكه. وإن قيل: إن العتق لا يسرى إليها بعد دفع القيمة، فقد تعلق بها للمعتق حق السراية، واستحقاق الولاء، فأوقع على الشريك في ملكه حجراً منع من التصرف فيه بعتق وغيره، والحجر يمنع من وقوع العتق مع ثبوت الملك، كالأمة إذا أعتقت تحت عبد فطلقها قبل الفسخ، لم يقع طلاقه في الحال، وإن كان مالكاً للبضع لما في وقوع طلاقه من إبطال حق الزوجة من الفسخ، وصار حقها فيه موقعاً للحجر عليه في طلاقه، فإن فسخت لم يقع طلاقه وإن أقامت وقع الطلاق لرفع الحجر بالإقامة.

والفصل السابع: قال المزني: وقوله في الأمة بينهما أنه إن أحبلها أحدهما، صارت أم ولد له وإن كان موسراً، كالعتق وإن شريكه إن وطئها، قبل أخذ القيمة، كان مهرها عليه تاماً.

وفي ذلك قضاء لما قبل، لأن إحبال أحد الشريكين لها جار مجرى عتقه، له على الأقاويل الثلاثة: **أحدها**: أنها قد صارت كلها أم ولد له بالإحبال، فإذا وطئها الشريك الآخر، كان عليه جميع مهرها. **والقول الثاني**: أن حصة الشريك، لا تصير للمحبل أم ولد، إلا بدفع القيمة، وإن وطئها الشريك، كان عليه نصف مهرها. **والقول الثالث**: أنه موقوف، فإن دفع المحبل القيمة بَانَ أنها أم ولده بالإحبال، وكان على الشريك، إذا وطىء جميع المهر، وإن لم يدفع القيمة بَانَ أن حصة الشريك باقية على ملكه، فلم يجب عليه بوطئها إلا نصف المهر فلم يكن بين الإحبال والعتق فرق، ولم يكن في استشهاده به دليل.

والفصل الثامن: قال المزني: ودليل آخر لما كان الثمن في إجماعهم بتمييز أحدهما بيع عن تراض، يجوز فيه التغابن والآخر فيه متلف لا يجوز فيه التغابن وإنما هي على التعديل والتقسيط، فلما حكم النبي ﷺ على الموسر المعتق بالقيمة، دل على أنها قيمة متلف على شريكه، يوم أتلفه. فهذا كله قضاء لأحد قوليه على الآخر وبالله التوفيق.

فيقال للمزني: جعلت الأثمان ضربين: **الأول**: ضرب لأعيان ثابتة بعقد عن تراض يجوز فيه التغابن كالبيع. **الثاني**: وضرب يكون فيه متلفاً ولا يجوز فيه التغابن كالشريك فجعلت هذا دليلاً على أن حصة الشريك لما استحق فيها مقداراً، لا يجوز فيه التغابن، أنه قيمة متلف بالعتق.

وها هنا ضرب ثالث، يستحق فيه مقدر لا يجوز فيه التغابن وليس بمتلف، ولا مستهلك وهو الشفيع ينتزع الشقص من المشتري بالثمن المقدر الذي لا يستحدث فيه التغابن، وليس بتالف، وإذا أوصى الرجل ببيع عبده، على زيد استحق بيعه عليه بقيمته المقدرة، وليس بتالف فلما كان هذا ضرباً ثالثاً تقدر فيه الثمن وزال عنه التغابن، وهذا باق غير تالف دخلت فيه حصة الشريك المقدرة عن غير متلف.

وهذا من الضرب الثالث وإن خرج عن الضربين الأولين.

فصل

وإذا تقرر أن نفوذ العتق في حصة الشريك يكون على الأقاويل الثلاثة، انتقل الكلام إلى التفريع على كل قول منها.

فإذا قيل بالأول أنه يعتق بنفس اللفظ، فقد اختلف أصحابنا في وقوع العتق عليها، هل يقترن بعتق ملكه؟ أو يتعقبه بالسراية بعد نفوذ العتق في ملكه؟ على وجهين:

أحدهما: يعتق بالسراية بعد نفوذ العتق في ملكه ولا يعتق الجميع في حالة واحدة بلفظه، لأنه لو تلفظ بعتق حصة الشريك لم يعتق بلفظه، فدل على عتقه بالسراية دون لفظه.

والوجه الثاني: قاله شاذ من أصحابنا أن جميعه يعتق في حالة واحدة عتق مباشرة، لا يتقدم أحدهما على الآخر، لأن عتقهما عن لفظ، فوجب أن يقع عليها باللفظ، ويكون المعتق مأخوذاً بالقيمة على الوجه الأول، عقيب عتقه، وعلى الوجه الثاني بقيمته مع عتقه، ولو مات العبد عقيب العتق، مات حراً، وما له لورثته، ولم تسقط القيمة عن معتقه، ويملك إكساب نفسه، وتسقط نفقته، وزكاة فطره، عن معتقه، ولو مات المعتق قبل دفع القيمة، أخذت من تركته لو أعسر بها، بعد يساره كانت ديناً يحاص بها الشريك جميع غرمائه، ولو اختلف المعتق والشريك في قيمة الحصة، وتعذرت البينة بها، كان القول فيها قول المعتق مع يمينه، لأنه غارم، ولو كان مكان العبد أمة حامل، فولدت بعد عتقها، وقبل دفع قيمتها، عتق معها، ولم يلزمه قيمة ولدها. ولو مات الولد كان موروثاً ووارثاً. ولو ضرب بطنها فألقت جنيناً ميتاً، كان فيه غرة عبد، أو أمة كجنين الحرة.

وإذا قيل بالثاني: أنه لا يعتق إلا بدفع القيمة، فهل يكون العتق معتبراً بالدفع من جهة المعتق، أم بالقبض من جهة الشريك؟ على وجهين:

أحدهما: يكون العتق معتبراً بدفع المعتق، وتمكين الشريكين قبضه، سواء قبضه منه، أو لم يقبضه، لأن العتق واقع بها فاعتبر بفعل من كان العتق واقعاً في حقه، فعلى هذا تصير القيمة داخلة في ملك الشريك بدفع المعتق لها، وتمكن الشريك من قبضها، ولو تلفت قبل قبضها كانت تالفة من مال الشريك دون المعتق، ولم يلزمه غرمها.

والوجه الثاني: لا يعتق بدفع القيمة، حتى يقبضها الشريك لأن تأخر العتق على دفع القيمة، إنما وجب ليصل إلى حقه منها، وهو قبل القبض غير واصل إليه، فعلى هذا لا يدخل في ملكه إلا بعد قبضه، فإن تمانع من القبض أجبره الحاكم عليه، ولو تلفت قبل قبضه، كانت تالفة من مال المعتق دون الشريك، وعلى المعتق غرمها، وعلى الوجهين معاً لو أبرأ الشريك من القيمة، لم يبرأ منها المعتق، لوقوع العتق بدفع القيمة، وليس الإبراء دفعاً، وهذا بخلاف إبراء المكاتب حيث عتق به، وقام مقام أدائه به، لأن عتق الكتابة عن مراضاة فغلب فيها حكم الديون في الذمم، وهذا المعتق عن إجبار فغلب فيها حكم العتق بالصفة، ولو مات العبد قبل دفع القيمة، ففي استحقاقها على المعتق وجهان: **أحدهما**: لا يستحق عليه، لأن العتق لم يحصل له، ويكون لمعتقه نصف ولائه. يستحق به نصف ميراثه، ونصفه الآخر رقاً لشريكه يملك به نصف ما تركه العبد من مال. **والوجه الثاني**: يستحق عليه

الشريك قيمة حصته لمنعه من التصرف فيه، وحبسه على المعتق في حقه، فعلى هذا هل يكون دفع القيمة موجباً لنفوذ العتق فيه؟ على وجهين: **أحدهما**: يعتق، لأنه لا يجوز أن يغرم بحكم العتق ما لا ينفذ فيه العتق. **والوجه الثاني**: لا يعتق، لأنه لا يجوز أن يقع العتق بعد الموت. وإذا كان مكان العبد أمة حامل، فولدت قبل دفع القيمة، كانت حصة المعتق منه مولودة على الحرية، وحصة الشريك منه مولودة على الرق، والمعتق مأخوذ بقيمتها كالأم، ويعتقان معاً عليه بدفع القيمة.

ولو ضرب بطنها فألقت جنيناً ميتاً، ففيه نصف دية جنين حر، ونصف دية جنين مملوك، فيكون فيه نصف الغرة، ونصف عشر قيمة أمه يرث المعتق ما وجب بحريته، ويملك الشريك، ما وجب برقه، ولا يضمن امعتق حصة الشريك من الجنين وجهاً واحداً، لأن الجنين، لا يضمن إلا بالجناية، ثم نفقة العبد، وزكاة فطره ساقطة عن معتقه، ومشتركة بينه وبين الشريك المالك لرق حصته، لا يسقط عنه إلا بعد عتقها، بأخذ قيمتها وإن اختلفا في القيمة، فالقول فيها قول الشريك دون المعتق، لبقائها على ملكه، فلم يزل إلا بقوله.

وإن قيل بالثالث: أن العتق في حصة الشريك، موقوف مراعى، فإن أخذ القيمة بَانَ بها، تقدم العتق بلفظ المعتق وجرى عليه أحكام القول الأول، وإن لم يصل إلى القيمة لم يعتق وجرى عليه أحكام القول الثاني، ودفع القيمة واجب في حق كل واحد منهما، فإن بذلها المعتق أجبر الشريك على قبضها، وإن طلبها الشريك أجبر المعتق على دفعها، وإن أمسك الشريك عن الطلب، وأمسك المعتق عن الدفع، كان للعبد أن يأخذ المعتق بالدفع، والشريك بالقبض، وإنما أخذهما ذلك لما استحقه عليهما من تكميل عتقه، فإن أمسك العبد مع إمساكهما كان للحاكم أن يأخذهما بتكميل العتق، لما فيه من حق الله تعالى.

وإذا مات العبد قبل دفع القيمة استحقها الشريك على المعتق، وجهاً واحداً، لأن دفعها يوجب تقدم عتقه باللفظ، ويكون ولاء نصفه مستحقاً للمعتق، وولاء نصفه الباقي موقوفاً على دفع القيمة، ويكون أكساب العبد في حياته يملك منها نصفها بحريته، ونصفها موقوف بينه وبين الشريك المالك لرقه وينفق منه على نفسه بقدر رقه.

وإذا أعسر المعتق بالقيمة بعد يساره، انظر بها إلى ميسرته وكان قدر الرق، والكسب على وقفه، فإن مات المعتق عل إعساره ارتفع الوقف وتصرف الشريك في القدر المسترق وملك ما قابله من الكسب. وبالله التوفيق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ وَصَاحِبُهُ مُوسِرٌ أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ وَأَنْكَرَ الآخَرُ عُتِقَ نَصِيبُ المُدَّعِي وَوُقِفَ وَلَاؤُهُ لأَنَّهُ زَعَمَ أَنَّهُ حُرٌّ كُلُّهُ وَادَّعَى قِيمَةَ

نَصِيبِهِ عَلَى شَرِيكِهِ».

قال الماوردي: وصورتها: في عبد بين شريكين ادعى أحدهما على صاحبه أنه أعتق حصته وهو موسر، وأن عتقه سرى إلى حصته، وطالبه بقيمة حصته، فلا يخلو المدعي عليه من أن يقر بالعتق، أو ينكر فإن أقر بالعتق عتقت عليه حصته بإقراره، وفي عتق حصة شريكه ثلاثة أقاويل: **أحدها**: يعتق بإقراره على نفسه ويؤخذ بقيمتها، ويكون له ولاء جميعه. **والقول الثاني**: لا تعتق حصة الشريك إلا بدفع القيمة إليه ويؤخذ بدفعها حتى يتكامل العتق بدفع القيمة. **والقول الثالث**: إن عتقها موقوف على دفع القيمة، فإذا دفعت بَانَ تقدم العتق باللفظ، وإن أنكر المدعى عليه العتق، فإن كان للمدعي بينة سمعت وهي شاهدان، وحكم عليه بعتقه لملكه وكان عتق حصة المدعي على الأقاويل الثلاثة، ولا يقبل فيها شاهد، وامرأتان، لأنها بينة في عتق، وإن عدمت البينة، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، أنه لم يعتق وحصته باقية على ملكه. وفي عتق حصة المدعي قولان:

أحدهما: وهو الذي نص عليه الشافعي في هذا الموضع أن حصته تعتق عليه، إذا قيل أن العتق يسري بنفس اللفظ، لأنه مقر على نفسه بما يضره، وينفع غيره، فقبل إقراره، على نصيبه ولم يقبل، دعواه على غيره.

والقول الثاني: لا يعتق عليه إذا قيل بالقولين الآخرين أن العتق يقع بدفع القيمة، أو أنه موقوف على دفع القيمة، وإن عتقت حصة المدعي على القول الأول، لم يسر عتقه إلى حصة المدعى عليه، لأنه عتق لزمه بغير اختياره فصار كمن ورث من رق ابنه سهماً، عتق عليه، ولم يسر إلى باقيه. وكان ولاء ما عتق منه، موقوفاً، لأنه لا يدعيه واحد منهما، وإذا لم تعتق حصة المدعي على القول الثاني كانت مقرة على ملكه، وفي جواز تصرفه فيها بالبيع والعتق وجهان: **أحدهما**: يجوز لاستقرار ملكه عليها بإبطال السراية إليها. **والوجه الثاني**: لا يجوز لإقراره بالمنع من ذلك في حق شريكه. فلو عاد المنكر فاعترف بالعتق بعد جحوده، عتق ملكه عليه، وكانت سراية عتقه إلى حصة الشريك على الأقاويل الثلاثة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ ادَّعَى شَرِيكُهُ مِثْلَ ذَلِكَ عُتِقَ العَبْدُ وَكَانَ لَهُ وَلَاؤُهُ قَالَ وَفِيهَا قَوْلٌ آخَرُ إِذَا لَمْ يُعْتَقْ نَصِيبُ الأَوَّلِ لَمْ يُعْتَقْ نَصِيبُ الآخَرِ لأَنَّهُ إِنَّمَا يُعْتَقُ بِالأَوَّلِ (قال المزني) قَدْ قَطَعَ بِجَوَابِهِ الأَوَّلِ أَنَّ صَاحِبَهُ زَعَمَ أَنَّهُ حُرٌّ كُلُّهُ وَقَدْ عُتِقَ نَصِيبُ المُقِرِّ بِإِقْرَارِهِ قَبْلَ أَخْذِهِ قِيمَتَهُ فَتَفَهَّمْ وَلَا خِلَافَ أَنَّ مَنْ أَقَرَّ بِشَيْءٍ يَضُرُّهُ لَزِمَهُ وَمَنْ ادَّعَى حَقًّا لَمْ يَجِبْ لَهُ وَهَذَا مُقِرٌّ لِلْعَبْدِ بِعِتْقِ نَصِيبِهِ فَيَلْزَمَهُ وَمُدَّعٍ عَلَى شَرِيكِهِ بِقِيمَةٍ لَا تَجِبُ لَهُ وَمِنْ قَوْلِهِ وَجَمِيعِ مَنْ عَرَفْتُ مِنَ العُلَمَاءِ أَنْ لَوْ قَالَ لِشَرِيكِهِ بِعْتُكَ نَصِيبِي بِثَمَنٍ وَسَلَّمْتُهُ إِلَيْكَ وَأَنْتَ مُوسِرٌ

وَإِنَّكَ قَبَضْتَهُ وَأَعْتَقْتَهُ وَأَنْكَرَ شَرِيكُهُ أَنَّهُ مُقِرٌّ بِالعِتْقِ لِنَصِيبِهِ نَافِذٌ عَلَيْهِ مُدَّعٍ لِثَمَنٍ لَا يَجِبُ لَهُ فَهَذَا وَذَاكَ عِنْدِي فِي القِيَاسِ سَوَاءٌ وَهَذَا يَقْضِي لأَحَدِ قَوْلَيْهِ عَلَى الآخَرِ (قَالَ المُزَنِيُّ) وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ لَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ إِذَا أَعْتَقْتَهُ فَهُوَ حُرٌّ فَأَعْتَقَهُ كَانَ حُراً فِي مَالِ المُعْتِقِ».

قال الماوردي: اختلف أصحابنا فيما أراده الشافعي بهذه المسألة، فقال بعضهم: أراد بها أن يعود الشريك المنكر، لما ادعى عليه من العتق، فيعترف بأنه قد كان أعتق، فتعتق عليه حصته وتلزمه قيمة حصة شريكه، ويكون عتقها على الأقاويل الثلاثة: **أحدها**: يعتق عليه باعترافه، وتكون القيمة ديناً، في ذمته، وله ولاء جميعه، ويكون عتقه في القولين الآخرين موقوفاً على دفع قيمته.

وقال الأكثرون منهم إن مراد الشافعي بها أن يدعي كل واحد من الشريكين على صاحبه، أنه أعتق حصته، وهو موسر، فسرى العتق إلى نصيبه، واستحق به قيمة حصته، وينكر كل واحد منهما دعوى صاحبه، فإنهما يتحالفان مع عدم البينة، فإن حلف أحدهما، ونكل الآخر، قضى للحالف على الناكل، وإن حلفا معاً، أو نكلا ففي عتق حصة كل واحد منهما عليه قولان: **أحدهما**: قد عتقت حصة كل واحد منهما عليه، إذا قيل: أن العتق يسري باللفظ فيصير جميع العبد حراً، وولاؤه موقوفاً لأن كل واحد منهما ينفي أن يكون مالكاً لولائه. فإن تصادقا بعد التحالف والإنكار، حملا على مقتضى تصادقهما. **والقول الثاني**: أنها لا تعتق حصة واحد منهما بهذه الدعوى إذا قيل: بالقولين الآخرين أن حصة الشريك لا يعتق إلا بدفع القيمة أو أنها موقوفة على دفع القيمة، ويكون العبد بينهما على رقه، وفي جواز تصرفهما فيه بالبيع والعتق ما قدمناه من الوجهين.

ثم عاود المزني تصحيح القول الذي اختاره من سراية العتق إلى حصة الشريك بلفظ المعتق بخمسة فصول:

أحدها: إن قال قد قطع يعني «الشافعي» بجوابه الأول أن صاحبه زعم أنه حر كله، وقد أعتق نصيب المقر بإقراره قبل أخذه قيمته فتفهم.

فيقال للمزني: هذا إنما قاله الشافعي على أحد أقاويله الثلاثة أن العتق يسري باللفظ، ولم يقله على القولين الآخرين اقتصاراً بالتفريع على أحدهما اختصاراً وقد ذكرنا ما يقتضيه تفريعه على أحد أقاويله، فأغنى عن إعادته.

والفصل الثاني: قال المزني: ولا خلاف أن من أقر بشيء يضره لزمه، ومن ادعى حقاً لم يجب له، وهذا مقر للعبد بعتق نصيبه فلزمه، ومدع على شريكه قيمة لا تجب له.

وهذا قاله المزني تحقيقاً لاختياره، وتعليلاً لصحته، فمن أصحابنا من صحح هذا التعليل وأجراه في كل معلول به، لكنه تعليل لحكم القول إذا جعل العتق سارياً باللفظ. وليس بتعليل لصحته أنه يسري باللفظ. ومن أصحابنا من نقض تعليله، ومنع أن يكون جارياً في كل معلول به، فإن من ادعى أنه باع عبداً على زيد بثمن لم يقبضه، وأنكر زيد فهو مقر له بالعبد، ومدع عليه الثمن، وليس يلزمه تسليم العبد وإن كان مقراً به، كما لم يستحق الثمن وإن كان مدعياً له.

والفصل الثالث: قال المزني في قوله: «وجميع من عرفت من العلماء أن لو قال لشريكه: بعتك نصيبي بثمن، وأسلمته إليك، وأنت موسر، وأنك قبضته وأعتقته، وأنكر شريكه أنه مقر بالعتق لنصيبه، نافذ عليه، ومدع لثمن لا يجب له. وهذا وذاك عندي في القياس سواء، وهذا قضاء لأحد قوليه على الآخر» وهذا قاله المزني: احتجاجاً على وقوع العتق في حصة الشريك باللفظ والسراية بأن الشريك لو ادعى على شريكه أنه باعه حصته بثمن له فقبضه، وأنه سلم الحصة إليه وعتقها، وأنكر الشريك التسليم والعتق فحصة المدعي قد عتقت عليه قولاً واحداً عند جميع أصحابنا إذا كان بعد التسليم.

ولو قال: عتقته قبل التسليم كان في نفوذ عتقه عليه لأصحابنا وجهان: **أحدهما**: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة يعتق لأنه قد جعله معتقاً لملك. **والوجه الثاني**: وهو قول أبي إسحاق المروزي لا يعتق لأنه قبل التسليم في حكم الحجر لارتهانه على ثمنه ثم إذا لزمه العتق على هذا التفصيل لم يكن فيه دليل على سراية العتق باللفظ دون القيمة، لوقوع الفرق بينهما بأنه في مسألة البيع جعله معتقاً لملك ينفذ فيه العتق، فلذلك عتق عليه بهذه الدعوى، وفي مسألة السراية جعله معتقاً لغير ملكه فجاز أن لا تقع فيه السراية حين لم يقع عتق المباشرة، لأن العتق بالسراية يتفرع عن عتق المباشرة فلم يثبت حكم الفرع مع عدم أصله.

والفصل الرابع: قال المزني: وقد قال الشافعي: «لو قال أحدهما لصاحبه إذا أعتقته فهو حُرٌّ فأعتقه كان حراً في مال المعتق» وهذا قاله المزني إلزاماً لنفوذ العتق بسراية اللفظ دون دفع القيمة بأن أحد الشريكين لو قال لصاحبه: إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر، فأعتق الشريك نصيبه، فإن كان معسراً فقد عتقه في حصته، ولم يسر إلى حصة شريكه، وعتقت حصة الشريك عليه بالصفة التي علقها بعتق صاحبه، وإن كان المعتق موسراً لم يعتق على الشريك حصته بالصفة على الأقاويل كلها سواء قيل: إن العتق يسري باللفظ، أو يقع بدفع القيمة، أو يكون موقوفاً.

وعند ابن أبي هريرة أنه يعتق بالصفة إذا قيل: إن عتقها في حق المعتق لا يقع إلا بدفع

القيمة، ونصّ الشافعي وما عليه قول سائر أصحابه أنه لا يعتق بالصفة على الأقاويل كلها، لأنه لما عتق على المعتق بالسراية فقد تقدم عتقه على عتق الصفة، وإن قيل: لا يعتق عليه إلا بدفع القيمة، فقد أوقع عتقه حجراً في استحقاق الولاء على عتق باقيه فلم ينفذ عتق محجور عليه.

فإن قيل: فقد عقد الشريك صفة عتقه في حال هو فيها غير محجور عليه. قيل: هو وإن كان غير محجور عليه في هذه الحال فقد علق عتقه بصفة يصير فيها محجوراً عليه في ثاني حال.

والفصل الخامس: قال المزني: ودليل آخر من قوله أنه جعل قيمته يوم تكلم بعتقه، فدل أنه في ذلك الوقت حر قبل دفع قيمته. قيل للمزني: لا يختلف مذهب الشافعي أن قيمة حصة الشريك معتبرة بوقت العتق على الأقاويل كلها، لكن لا يدل اعتبارها بالعتق على وجوبها وقت العتق، كالجناية على العبد إذا سرت إلى نفسه، اعتبرت قيمته بوقت الجناية وإن وجبت بموته، وكالضارب بطن الأمة، إذا ألقت جنيناً ميتاً اعتبرت دية جنينها بقيمتها وقت ضربها وإن وجبت بإلقائه ميتاً. وقد أطال المزني فأطلنا ولو اختصر كان أولى به وبنا وإن مضى في خلال الكلام أحكام مستفادة.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَسَوَاءٌ كَانَ بَيْنَ مُسْلِمَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ أَوْ مُسْلِمٍ وَكَافِرٍ (قال المزني) وَقَدْ قَطَعَ بِعِتْقِهِ قَبْلَ دَفْعِ قِيمَتِهِ وَدَلِيلٌ آخَرُ مِنْ قَوْلِهِ أَنَّهُ جَعَلَ قِيمَتَهُ يَوْمَ تَكَلَّمَ بِعِتْقِهِ فَدَلَّ أَنَّهُ فِي ذَلِكَ الوَقْتِ حُرٌّ قَبْلَ دَفْعِ قِيمَتِهِ».

قال الماوردي: لا يخلو حال العبد بين الشريكين إذا أعتقه أحدهما من ثلاثة أقسام: أن يكون بين مسلمين يعتق أحدهما حصته فاعتباره بيساره وإعساره على ما قدمناه، وسواء كان العبد مسلماً أو كافراً.

والقسم الثاني: أن يكون بين كافرين، فللعبد حالتان: **إحداهما**: أن يكون كافراً، فلا اعتراض عليهما في عتقه، ما لم يتحاكموا فيه إلينا، فإن تحاكموا فيه إلى حاكمنا ففي وجوب حكمه بينهما قولان: **أحدهما**: لا يجب ويكون فيه مخيراً وهم فيه مخيرون. **والقول الثاني**: يجب عليه الحكم، ويجب عليهم الالتزام، ويحكم بما يوجبه حكم الإسلام. **والحال الثانية**: أن يكون العبد مسلماً. فعلى حاكمنا أن يحكم بينهما فيه، وعليهما التزام حكمه لتعلقه بحق المسلم، فينفذ عتق المعتق وينظر حاله. فإن كان موسراً، وقيل: يسري عتقه بلفظه، لم يعترض عليه في دفع القيمة، ما لم يطالب بها الشريك، وكان له جميع

ولائه، ولا يمتنع ثبوت الولاء لكافر على مسلم، لأنه كالنسب الذي يستوي فيه المسلم والكافر.

وإن قيل: إنه لا يعتق حصة الشريك إلا بدفع القيمة أو إنه موقوف مراعى، فعلى الحاكم أن يأخذ المعتق بتعجيل القيمة ليتعجل بها عتق المسلم ولا يبقى عليه رق لكافر، فإن عجلها وإلا أخذها الحاكم من ماله جبراً، فإن قبلها الشريك وإلا أعتقها عليه حكماً.

والقسم الثالث: أن يكون أحدهما مسلماً والآخر كافراً، فللعبد حالتان:

إحداهما: أن يكون كافراً، فيستوي فيه حكم الشريكين، سواء كان المعتق مسلماً أو كافراً وساء كان معسراً أو موسراً.

والحال الثانية: أن يكون العبد مسلماً فلا يخلو حال معتقه منهما أن يكون هو المسلم، أو الكافر. فإن كان هو المسلم، عتقت حصته، وكان له ولاؤها فإن كان موسراً قوم عليه باقيه.

فإن قيل: بنفوذ عتقه بسراية لفظه، وقفت القيمة على مطالبة الشريك بها.

وإن قيل: إن عتقه لا يسري إلا بدفع القيمة، أخذ بتعجيلها لأن يتعجل عتقها، ولا يستديم الكافر ملك رقها. وإن كان معسراً لم يسر عتقه، وقيل: للشريك الكافر لا يقر ملكك على استرقاق مسلم، وأنت بين خيارين: إما أن تعتقه، أو تبيعه على مسلم، فإن دبره لم يقر تدبيره لما فيه من استيفاء رقه مدة حياته، وإن كاتبه ففي إقراره على كتابته قولان، وإن كان المعتق هو الكافر نفذ عتقه في حصته، ونظر فإن كان معسراً لم يسر عتقه وأقر رق باقيه على ملك الشريك المسلم وإن كان موسراً.

فإن قيل: بسراية عتقه بلفظه، عتقت عليه وكان فيها كالمسلم، لأنه يغرم قيمة متلف، يستوي فيه المسلم والكافر. وإن قيل: إن عتقه لا يقع إلا بدفع القيمة، فقد اختلف أصحابنا في هذا التقويم، هل يجري مجرى البيع، أو مجرى قيمة مستهلك؟ على وجهين: **أحدهما**: وهو قول المزني، وبعض المتأخرين، أنه تقويم مستهلك. فعلى هذا يقوم عليه كتقويمه على المسلم. ويؤخذ بتعجيل القيمة ليتعجل بها العتق. **والوجه الثاني**: وهو قول شاذ من المتأخرين أنه يجري مجرى البيع، فعلى هذا يكون جواز تقويمه في حق الكافر على قولين من ابتياع الكافر لعبد مسلم: **أحدهما**: يبطل البيع، ويبطل التقويم، ويكون ملك رقه باقياً على الشريك المسلم. **والقول الثاني**: لا يبطل البيع، ولا يبطل التقويم، ويعتق في حق الكافر كما يعتق في حق المسلم، وهذا أظهرهما في التقويم. والأول أظهرهما في البيع،

لإفضاء التقويم إلى العتق وإفضاء البيع إلى الملك.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أَدَّى المُوسِرُ قِيمَتَهُ كَانَ لَهُ وَلَاؤُهُ».

قال الماوردي: إنما يريد بيسار المعتق أن يكون مالكاً لقدر قيمة الباقي من رقه، وليس عليه فيه حق لغيره فاضلة عن قوته وقوت عياله في يومه وليلته، وسواء صار بعد دفع القيمة فقيراً أو كان غنياً.

فإذا تحرر عتق باقيه بدفع القيمة على الأقاويل كلها، وكان له ولاء جميعه بعتق المباشرة وعتق السراية واستحقاق الولاء بهما على سواء، لقول النبي ﷺ: «وَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» وهو معتق بالمباشرة والسراية، وسواء تماثل العتقان، أو تفاضلا، وأنه يسري عتق اليسير إلى الكثير كما يسري عتق الكثير إلى اليسير، واعتبار يساره وإعساره وقت العتق. فلو كان موسراً وقت العتق معسراً وقت التقويم فإن قيل: إن العتق يسري باللفظ لم يؤثر فيه حدوث اعتباره، وكانت القيمة ديناً عليه يؤخذ بها إذا أيسر. وإن قيل: إنه لا يعتق إلا بدفع القيمة، فما لم يحاكمه الشريك فيها، كانت حصته على وقفها، وإن حاكمه فيها وطلب القيمة، أو فسخ الوقف ليتصرف في حصته، كشف عن حال المعتق، فإذا ثبت عنده إعساره، حكم بفسخ الوقف كما يحكم للزوجة بفسخ النكاح إذا أعسر الزوج وجاز للشريك أن يتصرف في حصته بما شاء من بيع أو غيره. ولو كان موسراً ببعض الحصة معسراً ببعضها، عتق عليه من الحصة قدر ما أيسر بقيمته، وكان فيما أعسر به منها في حكم المعسر.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً عتقَ نَصِيبُهُ وَكَانَ شَرِيكُهُ عَلَى مِلْكِهِ يَخْدُمُهُ يَوْماً وَيُتْرَكُ لِنَفْسِهِ يَوْماً فَمَا اكْتَسَبَ لِنَفْسِهِ فَهُوَ لَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، والمعتبر بإعساره أن لا يملك قيمة الحصة الباقية لشريكه، ولا قيمة شيء منها وقت عتقه، فإن ملكها وعليه دين قد استحق فيها يصير باستحقاقها في الدين معسراً بها فهذا على ضربين: **أحدهما**: أن يكون الدين مؤجَّلاً لا يستحق تعجيله فيجري عليه حكم اليسار في عتق الحصة عليه، لأن في يده ما هو مقر على ملكه. **والضرب الثاني**: أن يكون الدين حالًّا ففيه قولان من اختلاف قوليه في الدين هل يمنع من وجوب الزكاة في العين؟: **أحدهما**: يجري عليه حكم اليسار، إذا قيل إن الدين لا يمنع من وجوب الزكاة في العين. **والقول الثاني**: يجري عليه حكم الإعسار إذا قيل: إن الدين يمنع من وجوب الزكاة في العين، فإذا كان معسراً بها نفذ عتقه في ملكه، ولم يسر إلى حصة شريكه.

وقال أبو يوسف، ومحمد: يسري عتقه مع إعساه كما يسري مع يساره، وتكون القيمة ديناً عليه يؤخذ بها إذا أيسر كما يسري الطلاق في الزوجة إذا طلق بعضها في الأحوال كلها، لاستحالة أن يجتمع طلاق وإباحة، كذلك يستحيل أن يجتمع حرية ورق.

ودليلنا حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «وإِنْ كَانَ مُعْسِراً فَقَدْ عَتَقَ مَا عَتَقَ». ولأن المقصود بتكميل العتق رفع الضرر عن الشريك، بأن لا يختلف حكم الحرية والرق في عبده المشترك، وأن يصير العبد كامل التصرف، وسراية العتق مع إعسار المعتق أعظم ضرراً على الشريك من استبقاء رقه، فلم يجز أن يرفع أقل الضررين بأعظمهما، ووجب أن يرفع أعظمهما بأقلهما. والفرق بين العتق والطرق من وجهين:

أحدهما: أنه لما لم يجز أن يحصل في الزوجة شرك بين زوجين، وجاز أن يقع في الرق شرك بين مالكين لم يجز أن يتبعض الطلاق وجاز أن يتبعض الرق.

والثاني: أن طلاق بعض الزوجة يمنع من الاستمتاع بباقيها، وعتق بعض العبد لا يمنع من استخدام باقيه، فإذا ثبت أن حصة الشريك باقية على رقها بإعسار المعتق، فقال المعتق: أنا استدين واقترض قيمة حصة الشريك إن حدث له يسار بعد العتق، كان الشريك أملك بحصته ولم يؤخذ بإجابته.

فصل

فإذا تبعضت في العبد الحرية والرق بإعسار معتقه فقد قال الشافعي: «يخدم سيده يوماً ويترك لنفسه يوماً فما اكتسب فيه فهو له»، فأجرى عليه حكم المهايأة.

فاختلف أصحابنا فيها على ثلاثة أوجه: **أحدها**: أن المهايأة كانت متقدمة بين الشريكين، فلما أعتق أحدهما حصته أجرى العبد بعد العتق لبعضه عليها ولو لم يكن بين الشريكين فيها مهايأة لم يجز أن يستأنفها بعد العتق مع الشريك الباقي لنقصان تصرفه. **والوجه الثاني**: يجوز أن يقيم على المهايأة المتقدمة، ويجوز أن يستأنفها مع الشريك الثاني، لأن تصرفه بالحرية كامل في حقه من الكسب. **والوجه الثالث**: إن كان له كسب مألوف بصناعة معروفة يتماثل فيها كسب أيامه كلها جاز أن يستأنفها مع الشريك، وإن لم يكن له كسب مألوف، لم يجز أن يستأنفها معه وإن جاز ذلك للشريكين في الحالين، لأنهما قد يعدلان عند عدم الكسب إلى الاستخدام، وليس العبد كذلك في حق نفسه عند تعذر كسبه.

فإذا صحت المهايأة على ما ذكرناه من الوجوه الثلاثة فهي من العقود الجائزة دون

اللازمة، ولكل واحد منهما فسخها متى شاء، وإذا كانا مقيمين عليها، يوماً للعبد، ويوماً للسيد، دخل فيها مألوف الكسب، ومألوق النفقة، فاختص العبد بما كسبه في يومه، ويحمل فيه ما لزمه من نفقته، واختص السيد في يومه بما كسب العبد، ويحمل فيه ما لزمه من نفقته.

فأما غير المألوف من الكسب، كالكنز واللقطة، وغير المألوف من النفقة، كزكاة الفطر، ففي دخولها في المهايأة وجهان: **أحدهما**: وهو الظاهر من مذهب الشافعي، وقول أبي سعيد الإصطخري أنهما داخلان في المهايأة، كالمألوف منها، فإن كانا في يوم العبد اختص بالكنز، واللقطة، وتحمل زكاة الفطر وإن كانا في يوم السيد اختص بذلك دون العبد. **والوجه الثاني**: وهو محكي عن أبي إسحاق المروزي، أنهما لا يدخلان في المهايأة لأنه قد يكون هذا في زمان أحدهما دون الآخر، فلا يتساويان فيه، ويكون حدوث ذلك في زمان أحدهما، موجباً لأن يكون بينهما وإن كان ما عداهما من المألوف جارياً على المهايأة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ مَاتَ وَلَهُ وَارِثٌ وَرِثَهُ بِقَدْرِ وَلَائِهِ فَإِنْ مَاتَ لَهُ مُوَرِّثٌ لَمْ يَرِثْ مِنْهُ شَيْئاً (قال المُزَنِيُّ) القِيَاسُ أَنْ يَرِثَ مِنْ حَيْثُ يُوَرَّثُ، وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ: إِنَّ النَّاسَ يَرِثُونَ مِنْ حَيْثُ يُوَرَّثُونَ وَهَذَا وَذَاكَ فِي القِيَاسِ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وهذه المسألة فيمن عتق بعضه، ورق بعضه، هل يرث ويورث؟ وهما فصلان:

أحدهما: هل يرث إذا مات له موروث، أم لا؟. وفيه بين الصحابة رضي الله عنهم خلاف محكي عن ابن عباس أنه يرث كالحر ميراثاً كاملاً، وبه قال أبو يوسف، ومحمد، وحكي عن علي عليه السلام أنه يرث بقدر ما فيه من الحرية، ويحجب بقدر ما فيه من الرق، وبه قال المزني، وعثمان البتي، وذهب بقية الصحابة، وجمهور التابعين والفقهاء إلى أنه لا يرث إذا كان فيه جزء من الرق وإن قلّ، لأنه لما جرت عليه أحكام الرق فيما سوى الميراث، من نكاحه وطلاقه، وولايته، وشهادته، جرت عليه أحكام الرق في ميراثه، ولأن الرق مانع من الميراث، فإذا لم يزل الرق لم يزل مانع الميراث. قال المزني: «القياس أن يرث من حيث يورث».

قيل: قد يورث من لا يرث، كالجنين يورث ولا يرث، والعمة تورث ولا ترث، والجدة أم الأم، ترث ولا تورث، فلم يكن هذا قياساً مستمراً في غير المعتق بعضه، فلم يزل في المعتق بعضه. فإن قيل: فقد قال الشافعي: «الناس يرثون من حيث يورثون» قيل له: لم يقله الشافعي تعليلاً عاماً، فيجعله قياساً مستمراً، وإنما قاله رداً على من ألحق الولد بماء

أبيه ولم يورث كل واحد منهم ميراث أب، وورث الولد من كل واحد منهم، ميراث ابن، فقال: الناس يرثون من حيث يورثون؛ لأنه كمل النسب، ولم يكمل الميراث فتوجه الرد به للشافعي، ولم يتوجه الرد به للمزني.

فصل

وإذا مات هذا الذي تبعضت فيه الحرية والرق هل يورث أم لا؟

قال الشافعي في القديم: لا يورث، وهو قول مالك، ويكون ماله لسيده، لأنه إذا لم يرث بحريته، لم يورث بها. وقال في الجديد: يكون موروثاً عنه لورثته دون سيد رقه، لأن السيد لا يملك ذلك عنه في حياته، فلم يملكه بعد موته.

وقال في موضع ثالث: يكون ماله بين ورثته، وسيد رقه بقدر حريته ورقه. فاختلف أصحابنا في هذه النصوص الثلاثة. فكان أبو إسحاق المروزي في طائفة يخرجون هذه النصوص الثلاثة على ثلاثة أقاويل: **أحدها**: تكون لسيده دون ورثته. **والثاني**: تكون لورثته دون سيده. **والثالث**: تكون بينهما تورث عنه بقدر ما فيه من الحرية، ويكون للسيد بقدر ما فيه من الرق، تعليلاً بما ذكرناه.

وكان أبو علي بن أبي هريرة، وطائفة من بعض البصريين، يمتنعون من تخريج هذه النصوص على اختلاف الأقاويل، ويحملونها على اختلاف الأحوال، والذي نص عليه أنه يكون لسيده، فإذا كان قد مات في زمان سيده وقد استهلك ما كان قد ملكه بحريته يكون ماله لسيده دون ورثته، والذي نص عليه أنه يكون لورثته إذا كان قد مات في زمان نفسه، وقد أخذ السيد ما ملكه عند برقه، فيكون ماله لورثته دون سيده، ويكون بينهما إذا كان غير مهايأة، وفي يده مال بالحقين، كان بين الورثة والسيد ميراثاً بالحرية، وملكاً بالرق.

وقال أبو سعيد الإصطخري، يكون جميع ما يخلفه في الأحوال كلها بالحرية، والرق، منتقلاً إلى بيت المال، لا يملكه السيد، لأنه لا حق له في حريته، ولا يستحقه الورثة، لبقاء أحكام رقه، فكان بيت المال أولى الجهات باستحقاقه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ لَا تَكُونُ نَفْسٌ وَاحِدَةٌ بَعْضُهَا عَبْداً وبَعْضُهَا حُرًّا كَمَا لَا تَكُونُ امْرَأَةٌ بَعْضُهَا طَالِقاً وَبَعْضُهَا غَيْرَ طَالِقٍ قِيلَ لَهُ أَتَتَزَوَّجُ بَعْضَ امْرَأَةٍ كَمَا تَشْتَرِي بَعْضَ عَبْدٍ أَوْ تُكَاتِبُ المَرْأَةَ كَمَا تُكَاتِبُ العَبْدَ أَوْ يَهَبُ امْرَأَتَهُ كَمَا يَهَبُ عَبْدَهُ فَيَكُونَ المَوْهُوبُ لَهُ مَكَانَهُ؟ قَالَ: لا، قِيلَ: فَمَا أَعْلَمُ شَيْئاً أَبْعَدَ مِنَ العَبْدِ مِمَّا قِسْتَهُ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: قصد الشافعي بهذا أبا حنيفة، وابن ليلى في وجوب السعاية، حين

منعا أن تكون نفس واحدة بعضها حر وبعضها مملوك، لأن من منع من اجتماع الحرية والرق، أوجب السعاية ومن جوَّز اجتماعهما لم يوجبها؛ والشافعي ومالك لا يمنعان من اجتماعهما؛ فلذلك لم يوجبا السعاية وأبو حنيفة واين أبي ليلى منعا من اجتماعهما؛ فلذلك أوجبا السعاية وكان من دليلهم على المنع من اجتماعهما شيئان: أورد الشافعي أحدهما وانفصل عنه، وأعرض عن الآخر، لأنه أضعف منه.

فأما الذي أورده الشافعي إن قالوا: لا يجوز أن تكون نفس واحدة بعضها حر، وبعضها رق، لتنافي أحكام الحرية والرق، كما لا يجوز أن تكون امرأة واحدة بعضها طالق، وبعضها غير طالق، لتنافي أحكام الزوجية والطلاق. فانفصل الشافعي عنه بالفرق المانع من الجمع بين الزوجة، والعبد من وجهين: **أحدهما**: أن الاشتراك في العبد بأن يملكه جماعة يجوز لأن الرق يجوز أن يتبعض، والاشتراك في الزوجة بأن يتزوجها جماعة، لا يجوز لأن النكاح لا يجوز أن يتبعض، فلذلك جاز أن يكون العبد بعضه حر وبعضه مملوك، لأن رقه يتبعض في مالكيه فيتبعض في أحكامه، ولم يجز أن تكون الزوجة الواحدة بعضها طالق، وبعضها غير طالق، لأن نكاحها لا يتبعض في الأزواج، فلم يجز أن يتبعض في أحكامه. **والفرق الثاني**: أن العبد مملوك يجوز أن يباع ويورث ويوهب، لأن المقصود منه الملك، والملك يجوز أن يتبعض والزوجة غير مملوكة، لا يجوز أن تباع ولا توهب ولا تورث لأن المقصود منها الاستمتاع، والاستمتاع لا يجوز أن يتبعض.

وأما الثاني: من استدلالهم الذي أعرض عنه الشافعي، أن قالوا: الإيمان أصل للحرية، والكفر أصل للرق، فلمّا لم يجز أن يجتمع الإيمان والكفر في النفس الواحدة، لم يجز أن تجتمع الحرية والرق في النفس الواحدة. وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه ليس الكفر موجباً للرق، لأنه قد يكون الكافر حراً، ولا الإيمان موجباً للحرية، لأنه قد يكون المؤمن مسترقاً، وإنما كانا سبباً لهما يزولان مع بقائهما.

والثاني: أنه لما جاز أن يطرأ الإيمان على رق ثابت، ولم يجز أن يطرأ الإيمان على كفر ثابت لم يجز أن يجتمع الإيمان والكفر، وجاز أن يجتمع الحرية والرق. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ** رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَعْتَقَ شَرِيكَانِ لأَحَدِهِمَا النِّصْفُ وَلِلآخَرِ السُّدُسُ معاً أَوْ وَكَّلا رَجُلاً فَأَعْتَقَ عَنْهُمَا مَعاً كَانَ عَلَيْهِمَا قِيمَةُ البَاقِي لِشَرِيكَيْهِمَا سَوَاءٌ لَا أَنْظُرُ إِلَى كَثِيرِ المِلْكِ وَلَا قَلِيلِهِ (قال المزني) هَذَا يَقْضِي لأَحَدِ قَوْلَيْهِ فِي الشُّفْعَةِ أَنَّ مَنْ له كَثِيرُ مِلْكٍ وَقَلِيله فِي الشُّفْعَة سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وصورتها: في عبد مشترك بين ثلاثة لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه

وللآخر سدسه، وأعتق صاحبا النصف والسدس حقهما معاً واجتماعهما عليه يكون من أحد ثلاثة أوجه: **أحدها**: أن يجتمعا على اجتماع اللفظين حتى لا يتقدم أحدهما على الآخر بحرف، ولا مد ولا تشديد. **والثاني**: أن يعلقا عتقه بصفة واحدة، كقول كل واحد منهما: إن دخل هذا العبد الدار، أو طار هذا الغراب فنصيبي منه حر، فإذا دخل الدار، أو طار الغراب عتق نصيبهما معاً. **والثالث**: أن يوكلا في عتقه وكيلاً، فيعتقه عنهما بلفظ واحد، فإذا اجتمع عتقهما من أحد هذه الوجوه الثلاثة، وكانا موسرين، قومت حصة الثالث، وهي الثلث، عليهما بالسوية نصفين. وكان ولاؤه بين المعتقين فيصير لصاحب النصف ثلثا ولائه، ولصاحب السدس ثلث ولائه، ولا يعتبر فيهما قدر الملكين ويسوي بين من قلّ سهمه، وكثر.

وقال مالك: يقوم عليهما بقدر الملكين، ويفضل بينهما لتفاضلهما في المالين، لأن التقويم مستحق بسراية عتقهما، وسراية كثير العتق أكثر من سراية قليله. ودليلنا رواية ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِركاً لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ قُوِّمَ عَلَيْهِ» فاستوى فيه الواحد، والجماعة، لإطلاق أمره، ولأنهما قد اشتركا في إدخال الضرر على شريكهما بقليل الملك وكثيره، لأن قليله مدخل للضرر عليه مثل كثيره، فوجب أن يستويا في التقويم الموجب لرفع ضررهما، ولأن عتقهما يجري مجرى الجناية منهما، وهما لو اشتركا في جناية تفاضلا في عدد جراحها فجرحه أحدهما جراحة، وجرحه الآخر مائة جراحة كانت الدية بينهما على أعدادهما، ولا تتقسط على أعداد جراحهما، كذلك العتق يجب أن يكون معتبراً، بأعداد المعتقين، ولا يتقسط على أملاك المعتقين، وسراية العتق كسراية الجناية، فلم يسلم لمالك استدلاله.

فأما المزني فإنه قال: «إذا استويا في التقويم مع تفاضلهما في الملك وجب أن يكونا في الشفعة، كذلك إذا تفاضلا في الملك أن يستويا في الأخذ».

قيل في الشفعة قولان: **أحدهما**: أن الأمر فيها على هذا، وأن يشترك صاحب النصف والسدس فيها بالسوية كالعتق. **والقول الثاني**: أنهما يتفاضلان فيها بقدر المالين، وإن تساويا في العتق.

والفرق بينهما من وجهين: **أحدهما**: أن الشفعة مستحقة بالملك، فتقسطت عليه، والتقويم مستحق بالعتق، فاستويا فيه. **والثاني**: أن استحقاق الشفعة لإزالة الضرر بالتزام مؤونة القسم وغيره، والمؤونة معتبرة بالملك، فتقسطت الشفعة على الملك، والتقويم مستحق بدخول الضرر بالعتق، الجاري مجرى الجناية، فتقسطت على المعتقين، دون

الملك؛ ولو كانت المسألة بحالها، وكان صاحب النصف موسراً، ومعتق السدس معسراً، قومت الحصة كلها على معتق النصف، ولو كان معتق السدس موسراً ومعتق النصف معسراً، قومت الحصة كلها على معتق السدس، ولو كانا معسرين، لم تقوَّم على واحد منهما، وكانت الحصة على رقها لمالكها، فلو ادعى عليها اليسار فأنكراه حلفا له، ولا تقويم عليهما، وفي عتق الحصة على مالكها بهذه الدعوى قولان: يعتق عليه في أحدهما، إذا قيل إن العتق في حصته يقع بالسراية، ولا يعتق عليه في الثاني إذا قيل إنها لا تعتق، إلا بدفع القيمة.

ولو ادعى أحد المعتقين على الآخر اليسار، فإن كان المدعي معسراً، لم تسمع دعواه، لأنها غير مؤثرة في حقه وتسمع من مالك الحصة، لتأثيرها في حقه، ولو كان موسراً سمعت دعواه، لأنه يصير بيساره مشاركاً له في تحمل القيمة، ولا يسمع من مالك الحصة هذه الدعوى، لأنها غير مؤثرة في حقه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ العَبْدِ فَفِيهَا قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ المُعْتِقِ وَالثَّانِي أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ رَبِّ النَّصِيبِ لَا يَخْرُجُ مِلْكُهُ مِنْهُ إِلَّا بِمَا يَرْضَى (قال المزني) قَدْ قَطَعَ الشَّافِعِيُّ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ بِأَنَّ القَوْلَ قَوْلُ الغَارِمِ وَهَذَا أَوْلَى بِقَوْلِهِ وَأَقْيَسُ عَلَى أَصْلِهِ عَلَى مَا شَرَحْتُ مِنْ أَحَدِ قَوْلَيْهِ لأَنَّهُ يَقُولُ فِي قِيمَةِ مَا أُتْلِفَ أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ الغَارِمِ وَلأَنَّ السَّيِّدُ مُدَّعٍ للزِّيَادَةِ الْبَيِّنَة وَالغَارِمُ مُنْكِرٌ فَعَلَيْهِ اليَمِينُ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن قيمة حصة الشريك معتبرة بوقت العتق على الأقاويل كلها، ولا اعتبار بما حدث بعده من نقصان، لأن عتقه متردد بين أن يكون إتلافاً، أو سبباً للإتلاف، وكل واحد منهما موجب لاعتبار القيمة عند حدوثه، كالجناية على العبد إذا كانت قتلاً، أو سبباً أفضى إلى القتل، وتعتبر قيمته قتل عتق بعضه، لأن عتق البعض موكس لقيمته، وهذا الوكس بعتقه الجاري مجرى جنايته، فأما ما حدث بعد العتق من زيادة في قيمة الحصة فمحمول على الأقاويل الثلاثة في نفوذ عتقها فإن قيل: إنها عتقت بلفظ المعتق، لم يضمنها المعتق، وكذلك إن قيل بالثاني إن عتقها موقوف مراعى لم يضمنها، لأن دفع القيمة يدل على تقدم عتقها، وإن قيل: إنها تعتق بدفع القيمة ومعها ففي ضمان المعتق لما حدث من زيادة القيمة، بعد عتقه وقبل دفعها، وجهان: **أحدهما**: لا يضمنها، لأن سبب الإتلاف في اعتبار القيمة كالإتلاف. **والوجه الثاني**: يضمن الزيادة دون النقصان، كالغاصب في ضمانه لأكثر القيمة، لأن الزيادة حادثة على ملك الشريك فلم يجز أن يستهلك عليه بغير عوض.

فصل

فإذا تقرر ما وصفناه في اعتبار القيمة، فاختلفا فيها فقال: المعتق مائة، وقال الشريك مائتان. فإن كان العبد باقياً لم تتغير قيمته بتطاول الزمان، فلا اعتبار باختلافهما ويُقَوّمها ثقتان من أهل الخبرة، فإذا قوماها لم يخل حال ما ذكرناه من القيمة من خمسة أقسام:

أحدها: أن يوافق ما أقر به المعتق، وهو المائة فلا يلزمه غيرها، ولا يمين عليه فيها.

والثاني: أن يوافق ما ادعاه الشريك وهو المائتان فيستحقها ولا يمين عليه فيها.

والثالث: أن يكون وسطاً بينهما، غير موافقة لواحد منهما، وذلك بأن تقوَّم مائة وخمسين، فيحكم بها عليهما ولا يستحق الشريك أكثر منهما، ولا نقتنع من المعتق بأقلّ منهما.

والرابع: أن تكون زائدة على أكثرهما، وذلك بأن تقوَّم بمائتين وخمسين، فلا يحكم للشريك إلا بمائتين، لأنه بالاقتصار عليها مبرَّأً من الزيادة عليها.

والخامس: أن تكون ناقصة عن أقلهما وذلك بأن تقوم بخمسين، فلا نقتنع من المعتق بأقلّ من مائة، لأنه قد أقر بها، وإن تعذر تقويمه في زمان العتق، إما لموته، أو غيبته، وإما لتغير أحواله بالكبر بعد الصغر، أو بالمرض بعد الصحة، أو بالزمانة بعد السلامة، ففي اختلافها في القيمة قولان:

أحدهما: أن القول فيها قول المعتق مع يمينه، إذا قيل: أن عتقه قد يسري إلى حصة الشريك بلفظه، لأنه يصير غارماً. والقول في الغرم قول الغارم.

والقول الثاني: أن القول فيها قول الشريك مع يمينه، إذا قيل: ببقاء ملكه، إلى أن يأخذ قيمة حصته، لأن له عليها يداً لا تنتزع مع عدم البينة، إلا بقوله كالثمن في الشفعة، إذا اختلف فيه الشفيع والمشتري كان القول فيه قول المشتري.

وقال الربيع في كتاب «الأم»: وفيه قول آخر أنهما يتحالفان كما يتحالف المتبايعان إذا اختلفا وهو من تخريجه وليس بقول للشافعي، لأن تحالف المتبايعين موجب لارتفاع العقد فأفاد وتحالف هذين غير موجب لرفع العتق، فلم يفد وهما بعد التحالف عليها باقيان على الاختلاف فيها. وأما المزني فإنه أعاد نصرة اختياره، وفي بعض ما مضى من كلامه وجوابه مقنع. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ هُوَ خَبَّازٌ وَقَالَ الغَارِمُ لَيْسَ كَذَلِكَ فَالقَوْلُ قَوْلُ الغَارِمِ».

قال الماوردي: وصورتها: أن يجب على المعتق قيمة حصة شريكه فيدعي الشريك أن العبد كان صانعاً خبازاً، أو نجاراً، أو كاتباً فله القيمة الزائدة بصنعته، ويقول المعتق هو غير صانع فلك القيمة من غير زيادة بصنعته، فللعبد حالتان: حي وميت. فإن كان ميتاً فقد قال الشافعي: القول قول المعتق الغارم فاختلف أصحابنا فيه على طريقين: **إحداهما**: أنه على قولين، لأنه اختلاف في قدر القيمة، فكان على القولين الماضيين، وإنما نص الشافعي على أحدهما. **والطريقة الثانية**: أن القول فيه قول المعتق الغارم قولاً واحداً لأن الشريك يدعي حدوث صنعة ليست في الخلقة، والأصل أن ليست فيه هذه الصنعة، فكان القول فيه قول منكرها دون مدعيها، وإن كان العبد حياً يمكن اختبار حاله اختبرت فيه تلك الصنعة فإن كان لا يحسنها ردت دعوى الشريك، فيها ولا يمين له على المعتق، ولا تلزمه إلا قيمته غير صانع، فإن قال الشريك قد كان يحسن الصنعة، وقت العتق لكنه نسيها بعلة، فإن كان زمان العتق قريباً؛ لا تنسى الصنعة في مثله لم نسمع منه هذه الدعوى، وإن تطاول وجاز أن تنسى تلك الصنعة في مثله سمعت منه وأحلف عليها المعتق، ولم يلزمه إلا قيمته غير صانع.

ولو قال الشريك هو يحسن هذه الصنعة، ولكنه قد كتمها، وامتنع من إظهارها. فقوله محتمل، وهو منسوب إلى العبد دون المعتق، لكن لا يجوز أن يدعيه على العبد، لأنه لا يجب به عليه حق، ولا يدعيه على المعتق، لأنه منسوب إلى غيره إلا أن يدعي عليه علمه بكتمانه فتتوجه الدعوى إليه، ويحلف على النفي أنه كتم ما يحسن، ولو اختبر العبد فكان يحسن الصنعة نظر، فإن قصر زمان ما بين العتق والتقويم عن تعلم تلك الصنعة، ثبت تقدمها، ولم يحلف الشريك عليها، واستحق قيمته صانعاً، وإن تطاول واتسع لتعلم تلك الصنعة، صار تقدمها داخلاً في الجواز فصار كادعائها في ميت، فيكون على ما قدمناه في الميت من اختلاف أصحابنا على الطريقين: **أحدهما**: أنه على قولين. **والطريق الثاني**: أن القول فيه قول المعتق مع يمينه بالله. أنه كان وقت العتق غير صانع، ولم يحلف أنه غير صانع كما يحلف في الميت والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ هُوَ سَارِقٌ أَوْ آبِقٌ وَقَالَ الَّذِي لَهُ الغُرْمُ لَيْسَ كَذَلِكَ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ وَهُوَ عَلَى البَرَاءَةِ مِنَ العَيْبِ حَتَّى يَعْلَم (قال المزني) قَدْ قَالَ فِي الغَاصِبِ إِنَّ القَوْلَ قَوْلُهُ أَنَّ بِهِ دَاءً أَوْ غَائِلَةً وَالْقِيَاسُ عَلَى قَوْلِهِ فِي الحُرِّ يَجْنِي عَلَى يَدِهِ فَيَقُولُ الجَانِي، هِيَ شَلَّاءُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْغَارِمِ».

قال الماوردي: قد مضى اختلافهما في الصنعة الزائدة، وهذه المسألة في اختلافها في عيب ينقص من القيمة فيدعي المعتق أنه كان سارقاً، أو آبقاً، فعليه قيمة عبد سارق، أو آبق ويقول الشريك كان سالماً ليس بسارق، ولا آبق.

قال الشافعي: القول فيه قول الشريك المالك مع يمينه أنه غير سارق، ولا آبق وله قيمة عبد سليم، فاختلف أصحابنا فيه على طريقين: **أحدهما**: أنه على قولين. **والطريق الثاني**: أن القول فيه قول المالك، وإن كان في الزيادة القول فيها قول الغارم فيختلف حكم الزيادة، والنقصان، فيكون في الزيادة بالصنعة القول قول منكرها، وهو الغارم، لأن الأصل عدم الزيادة ويكون في النقصان بالعيب القول قول منكرها، وهو المالك لأن الأصل السلامة من العيب فأما الغاصب إذا اختلف مع المالك في قيمة العبد المغصوب فادعى الغاصب أنه به داء، أو غائلة فقد حكى المزني عن الشافعي أن القول فيه قول الغاصب، دون المالك وجعل في ضمان العتق القول فيه قول المالك دون المعتق وضمان الغاصب والمعتق سيان فاختلف أصحابنا في اختلاف هذين الجوابين مع تساوي الضمانين على وجهين:

أحدهما: أن دعوى الغاصب كانت في نقص يعود إلى أصل الخلقة من شلل، أو خرس يجوز أن يكون خلقة فيه، وطارئاً عليه، فكان القول فيه قول الغاصب الغارم، دون المالك، لأن المالك قد يقدر على إقامة البينة، أنه لم يكن به شلل ولا خرس، ولو كان مثل ذلك في دعوى المعتق لكان القول فيه قوله دون المالك كالغاصب.

والذي قاله في دعوى المعتق أن القول فيه قول المالك كان في ادعاء نقص طارىء، ليس من أصل الخلقة، كالإباق والسرقة، لأنه لم يخلق سارقاً ولا آبقاً فالقول فيه قول المالك دون المعتق، لأنه لا يقدر على إقامة البينة، أنه ليس بسارق ولا آبق، ولو كانت مثل هذه الدعوى من جهة الغاصب، كان القول فيها قول المالك كالمعتق.

والوجه الثاني: أن القول في الغصب قول الغاصب في النقض والقول في العتق قول المالك في النقصين والفرق بين الغصب، والعتق: أن الغصب استهلاك محصن لا يملك بغرمه شيئاً، فجعل القول فيه قول المستهلك والعتق معاوضة يملك المعتق به الولاء، فجعل القول فيه قول المتعوض فأما ما ذكره المزني في الجناية على الأعضاء، فإن كانت على أعضاء ظاهرة يمكن المجني أن يقيم البينة على سلامتها، فالقول في نقصها قول الجاني. وإن كانت على أعضاء باطنة، يتعذر إقامة البينة على سلامتها، ففي نقصها إذا ادعاه الجاني قولان ذكرناهما في الجنايات. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أَعتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي مَرَضِهِ الَّذِي مَاتَ فِيْهِ عِتْقاً بَتَاتاً ثُمَّ مَاتَ كَانَ فِي ثُلُثِهِ كَالصَّحِيحِ فِي كُلِّ مَالِهِ».

قال الماوردي: وأصل هذا أن العتق في المرض المخوف الذي يتعقبه الموت معتبر

في ثلث المعتق، فإن احتمله الثلث تحرر العتق، ونفذ، وإن عجز عن الثلث رد، وعاد المعتق رقيقاً، وهو قول جمهور الأئمة وحكي عن مسروق أنه من رأس المال وأصل التركة لصدقات الزوجات، وما يصرفه في النفقات والشهوات وهذا خطأ خالف به من سواه.

والنص الوارد فيه برواية عمران بن الحصين أن رجلاً أعتق ستة أَعْبُدَ له عند موته، وليس له مال غيرهم، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فدعاهم، وجزأهم ثلاثة أجزاء، فأعتق اثنين وأرق أربعة، وهذا نص يدفع كل خلاف. فإذا أعتق المريض شِرْكاً له في عبد كان عتقه معتبراً من ثلث ماله، كما يكون عتق الصحيح من كل ماله، ويسري عتقه إلى حصة شريكه إذا احتملها الثلث، كما يسري عتق الصحيح إذا احتمله كل ماله. وإذا كان كذلك لم يخل حال الثلث من خمسة أقسام.

أحدها: أن يتسع الثلث لعتق المباشرة، وعتق السراية، فينفذ العتق في جميعه بالمباشرة ثم بالسراية، ويؤخذ من ثلثه قيمة حصة الشريك، ويكون له جميع ولائه.

والقسم الثاني: أن يعجز الثلث عن عتق المباشرة، وعتق السراية لاستحقاق تركته في دينه، ويرد عتقه في جميعه بالمباشرة، وبالسراية، ويعود إلى الرق، ويُبَاعُ في الدَّيْنِ.

والقسم الثالث: أن يتسع الثلث لأحد المعتقين، ويعجز عن الآخر، فيجعل الثلث مصروفاً في عتق المباشرة دون عتق السراية، لأن عتق المباشرة أصل وعتق السراية فرع كعتق المعسر.

والقسم الرابع: أن يتسع الثلث لأحدهما، وبعض الآخر، فيكمل عتق المباشرة، ويجعل النقص في عتق السراية كعتق من أيسر ببعض حصة شريكه.

والقسم الخامس: أن يتسع الثلث لبعض أحدهما، ويعجز عن الباقي، فيجعل البعض نافذاً في عتق المباشرة، ويرد الباقي في عتق المباشرة، ويبطل عتق السراية، فلو قال الورثة: نحن نمضي عتق المباشرة، ونغرم عتق السراية كان لهم تكميل العتق في المباشرة، ولم يكن لهم تجاوزه إلى عتق السراية، لأن المعتق معسر به، وهو لو أراد ذلك في جناية منع، فكان ورثته بالمنع أحق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَوْصَى بِعِتْقِ نَصِيبٍ مِنْ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ لَمْ يُعْتَقْ بَعْدَ المَوْتِ مِنْهُ إِلَّا مَا أَوْصَى بِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح: إذا وصى بعتق شِرْك له في عبد أن يُعتق عنه بعد موته،

كان عتق حصته معتبراً في ثلثه، ومستحق تحريرها على ورثته، ولا يعتق عليه بالموت حتى يعتقها الورثة عنه، ولو قال: إذا مت، فنصيبي منه حر عتق عليه بالموت، ولم يعتبر فيه عتق الورثة له لأنه جعل الموت في هذا صفة للعتق، وجعل الموت في ذلك وصية بالمعتق، ثم يستويان في اعتبارهما من الثلث، فإذا احتمل الثلث قيمة نصيبه عتق عليه، ولا يسري العتق بعد الموت إلى حصة شريكه، وإن كان الثلث متسعاً لقيمتها، لأن ملكه قد زال عنه بالموت إلا قَدْرَ ما استثناه في وصيته، فلو وصى بعتق نصيبه بعد موته، وبعتق نصيب شريكه، قال أبو حامد الإسفراييني تصح وصيته بعتقها إذا احتملها الثلث؛ لأنه بالوصية مستثنى لهما من ماله، فصار موسراً بهما كالحر، فصار عتق نصيبه مباشرة، وعتق نصيب الشريك سراية، وهذا عندي ليس بصحيح، بل تصح الوصية بعتق نصيبه، ولا تسري إلى نصيب شريكيه لأمرين: **أحدهما**: أنه موصي بعتق ملك غيره، فلم يلزم غيره. **والثاني**: أن عتق السراية ما سرى بغير اختيار ولا وصية، وهذا موجود في عتق الحي، ومعدوم في عتق الميت، ولكن لو كان الموصي يملك جميع العبد، فوصى بعتق بعضه بعد موته، ففيه وجهان من اختلاف أصحابنا في الحي إذا أعتق بعض عبده، هل ينفذ العتق في جميعه مباشرة أو سراية؟

فأحد الوجهين: أنه يعتق عليه جميع العبد مباشرة، فإذا أوصى بعتق بعضه عتق عليه جميعه.

والوجه الثاني: يعتق باقيه على الحي بالسراية، فإذا أوصى بعتق بعضه عتق ذلك البعض، ولم يسر إلى جميعه، وإذا عجز الثلث عن عتق ما أوصى به رد العتق إلى ما اتسع له الثلث إلا أن يمضيه الورثة فيما زاد على الثلث، فيمضي عتقه وبالله التوفيق.

بَابٌ فِي عِتْقِ العَبِيْدِ لَا يَخْرُجُونَ مِنَ الثُّلُثِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَعْتَقَ رَجُلٌ سِتَّةَ مَمْلُوكِيْنَ لَهُ عِنْدَ المَوْتِ لَا مَالَ لَهُ غَيْرَهُمْ جُزِّئُوا ثَلَاثَةَ أَجْزَاء وَأُقْرِعَ بينهم كما أقرع النَّبِيُّ ﷺ فِي مِثْلِهِمْ وَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ ثُلُثَ المَيِّتِ وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً لِلْوَارِثِ وَهَكَذَا كُلُّ مَا لَمْ يَحْتَمِلِ الثُّلُثَ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ وَلَا سِعَايَةَ لأَنَّ فِي إِقْرَاعِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمْ وَفِي قَوْلِهِ إِنْ كَانَ مُعْسِراً فَقَدْ عُتِقَ مِنْهُ مَا عُتِقَ إِبْطَالاً لِلسِّعَايَةِ مِنْ حَدِيْثَيْنِ ثَابِتَينِ. وَحَدِيْثُ سَعِيْدِ بْنِ أَبِي عَرُوبَةَ فِي السِّعَايَةِ ضَعِيفٌ وَخَالَفَهُ شُعْبَةُ وَهِشَامٌ جَمِيْعاً وَلَمْ يَذْكُرُوا فِيْهِ اسْتِسْعَاءً وَهُمَا أَحْفَظُ مِنْهُ».

قال الماوردي: إذا أعتق في مرض موته عبيداً لا يملك غيرهم، ولم يمض الورثة عتقهم جزّئوا ثلاثة أجزاء بالعدد إن تماثلوا، أو بالقيمة إن تفاضلوا على ما سنصفه من بعد، وأقرع بينهم لتتميز الحرية بها، ويتميز الرق بها في ثلثهم، وسواء كانوا ستة أو أكثر أو أقل

وإنما ذكر الشافعي الستة إتباعاً للخبر، فإذا جزأهم، وهم ستة جعل كل اثنين جزءاً، وأقرع بينهم، فأعتق اثنين، جمعهما جزء خرجت عليه قرعة الحرية، وأرق أربعة جمعهم جزءان خرجت عليهم قرعة الرق.

وقال أبو حنيفة: لا تجزئة، ولا قرعة، ويعتق من كل واحد منهم ثلاثة، ويستسعيا في قيمة باقية، لتتكامل حريته بالعتق والسعاية، فخالفنا في ثلاثة أحكام: **أحدها**: التجزئة لتتكامل بها حرية بعضهم، ورق بعضهم، فنحن نجزئهم، وهو لا يجزئهم. **والثاني**: تمييز الحرية من الرق بالقرعة نحن نقرع لتمييزهما، وهو لا يقرع. **والثالث**: وجوب السعاية ليمنع بها من حرية بعض العبد، واسترقاق بعضه، ونحن لا نوجبها، ويجوز حرية بعضه، واسترقاق بعضه.

وأما السعاية، وتبعيض الحرية، والرق، فقد تقدم الكلام فيها.

وأما التجزئة والقرعة، فالكلام في هذا الموضع مختص بهما: فأما التجزئة لتتكامل بها الحرية في جزء، ويتكامل بها الرق في جزأين، فمنع منه أبو حنيفة استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أن العتق في المرض كالوصية لاعتبارهما في الثلث، وقد ثبت الإجماع أنه لو أوصى بستة أعبد لا مال له غيرهم أمضيت الوصية في ثلث كل واحد منهم، ولا يكمل في اثنين منهم وجب أن يكون عتقهم بمثابته في حرية الثلث من كل واحد منهم، ولا يكمل في اثنين منهم.

والجواب عنه من وجهين: **أحدهما**: أن المقصود بالوصية التمليك، وهو موجود في الاشتراك، فلم يلزم تكميله بالقرعة، والمقصود بالرق إزالة أحكام الرق، وهو غير موجود في الاشتراك، فلم يلزمه تكميله بالقرعة. **والثاني**: أن الموصي لم يقدر على إجازة حقه بالقسمة، فاستغنى عن تكميله بالوصية، والمعتق لا يقدر على ذلك، فافتقر إلى تكميله بالقرعة.

والاستدلال الثاني: أن قالوا: إن حكم المريض في ثلث ماله كحكم الصحيح في كل ماله، ثم ثبت أن الصحيح لو ملك الثلث من ستة أعبد، فأعتقهم لم يكمل عتقه في اثنين منهم، وعتق من كل واحد منهم ثلثه وهو قدر ما يملكه، فوجب مثله في المريض إذا ملكهم، وأعتقهم، وحقه في الثلث منهم أن يعتق من كل واحد منهم ثلثه ولا يكمل عتقه في اثنين منهم. والجواب عنه من وجهين: **أحدهما**: أن مالك الثلث يكون مكملاً لهم من ملك غيره فمنع والمريض يكمل للثلث في ملك نفسه، فلم يمنع. **والثاني**: أن مالك الثلث لو عين عتقه في اثنين منهم لم يجز، والمريض لو عين عتقه في اثنين منهم جاز فافترقا.

فصل

وأما القرعة التي تتميز بها الحرية من الرق، فمنع منها أبو حنيفة استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أن القرعة رجم بالغيب تنقل الحرية إلى الرق، والرق إلى الحرية، فجرت مجرى الأزلام التي منع منها الشرع بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة: ٩٠] والجواب عنه من وجهين: **أحدهما**: أن القرعة إنما دخلت لتمييز عتق مطلق غير معين فلم تنقل الحرية إلى رق، ولا رقاً إلى حرية، ألا ترى لو عين العتق في اثنين منهم لم ينقل بالقرعة إلى غيرهم. وإنما يقرع إذا أطلق العتق في الستة، واستحق في اثنين منهم دخلت لتمييز ما يعتق، ويرق. **والثاني**: أن القرعة خارجة عن حكم الأزلام التي هي رجم بالغيب؛ لأنهم كانوا يعتقدون في الأزلام أنها هي الآمرة، وهي الناهية، وكانوا يكتبون على أحدهما: أمرني ربي، وعلى الآخر: نهاني ربي، وآخر يجعلونه عقلاً، ويجرونها مجاري النجوم التي يعتقد المنجم أنها هي الفاعلة، فنهى الله تعالى عنها، ولم يرد الشرع بإباحة شيء منها.

والقرعة مميزة لحكم وجب بالشرع، لأنها قد عمل بها الرسول ﷺ في الشرع، ووافق عليها في كثير من الأحكام، فلم يجز أن تجعل القرعة التي ورد الشرع بها مجرى الأزلام التي نهى الشرع عنها.

والاستدلال الثاني: أن قالوا لو كانت القرعة دليلاً لم تتناقض، لأن أدلة الله لا تتناقض، واستعمال القرعة مُوْجِبٌ للتناقض، لأنها لو أعيدت ثانية لخرجت بغير ما خرج به الأول، فلم يجز أن تستعمل. والجواب عنه من وجهين: **أحدهما**: أنه لما لم يمنع هذا المعنى من دخول القرعة في قسمة الأملاك لم يمنع منها في العتق. **والثاني**: أنه لا تناقض فيها، لأنها لا تستعمل إلا مرة، فكانت دليلاً في الأول، ولم تكن دليلاً في الثاني فلم يدخلها إذا كانت دليلاً تناقض وإن دخلها إذا لم تكن دليلاً تناقض.

فصل

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه في الأمرين من التجزئة والقرعة من وجهين: نص واستدلال.

فأما النص: فوارد من طريقين اثنين:

أحدهما: عن عمران بن الحصين رواه الشافعي عن عبد الوهاب بن عبد الحميد عن أبي قلابة عن أبي المهلَّب عن عمران بن الحصين: أن رجلاً من الأنصار أعتق عند موته ستة

مملوكين ليس له مال غيرهم، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ، «فَقَالَ قَوْلاً شَدِيداً ثم دَعَاهُمْ، فَجَزَّأَهُمْ ثلاَثَةَ أَجْزَاءٍ، فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ، وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً».

والطريق الثانية: عن أبي سعيد الخدري رواه حماد بن سلمة عن علي بن زيد عن سعيد بن المسيب عن أبي سعيد الخدري: أن رجلاً أعتق ستة مملوكين عند موته، فرفع ذلك إلى رسول الله ﷺ: «فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ، وَرَدَّ أَرْبَعَةً إِلَى الرِّقِّ».

فدل هذا الحديث على ثلاثة أحكام خالف فيها أبو حنيفة: **أحدها**: أنه جزأهم ثلاثة أجزاء، لتتكامل الحرية والرق، وأبو حنيفة لا يجزئهم. **والثاني**: أنه أقرع بينهم لتمييز الحرية من الرق، وأبو حنيفة لا يقرع بينهم. **والثالث**: أنه كمل الحرية في اثنين، والرق في أربعة، وأبو حنيفة يعتق من كل واحد ثلثه، ويرق ثلثيه، وما خالف النص كان مدفوعاً.

فإن قالوا: معنى هذا الحديث مستعمل في غير ما قلتموه، وهو أن قوله: «جَزَّأَهُمْ ثَلاَثَةَ أَجْزَاءٍ» أي: جعل جزءاً حرية، وجزأين رقاً.

وقوله: «أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ» أي: استقصاء في اعتبار القيمة اشتقاقاً من المقارعة، لا من القرعة مأخوذ من قولهم: قرع فلان فلاناً إذا استقصى عليه.

وقوله: أعتق اثنين، وأرق أربعة أي أعتق سهمين، وأرق أربعة أسهم.

قيل: هذا تأويل معدول به عن الظاهر بغير دليل، ويبطل بالدليل. أما قولهم: إن معنى جزأهم أي جعل جزءاً حرية، وجزأين رقاً، فليس بصحيح، لأن هذه تجزئة الأحكام دون الأعيان، وحمل التجزئة على الأعيان أولى من حملها على الأحكام؛ لأمرين: **أحدهما**: أن تجزئة الأحكام معلومة بالعتق، فاستغنت عن تجزئة الرسول ﷺ. **والثاني**: أنها فعل، والفعل متوجه إلى الأعيان دون الأحكام.

وأما قولهم: إن معنى أقرع أي استقصى في القيمة، فليس بصحيح من وجهين:

أحدهما: أنه لو أعتق من كل واحد ثلثه، لم يحتج إلى اعتبار القيمة.

والثاني: أن القرعة بينهم لا تكون قرعة في قيمتهم.

وأما قولهم: «أعتق اثنين» أي: سهمين «وأرق أربعة» أسهم فليس بصحيح من وجهين: **أحدهما**: أنه لو كان ما قالوه لكان العتق بينهما والرق سهمين. **والثاني**: أن التجزئة مغنية عن هذا فلم يجز أن يحمل على ما لا يفيد، وهذا مُغْنٍ عن التجزئة، فلم يجز أن يفعل ما لا يفيد.

وأما الاستدلال عليهم فمن وجهين: **أحدهما**: على جواز التجزئة لتكميل الحرية، وتكميل الرق. **والثاني**: على جواز القرعة لتمييز الحرية من الرق.

وأما الدليل على جواز التجزئة لتكميل الحرية والرق، فمن وجهين:

أحدهما: أن التجزئة موافقة لأصول الوصايا أن لا يمضي في الوصايا إلا ما يحصل للورثة إلا مثلاه، فإذا جزئوا أثلاثاً، وعتق منهم اثنان، رق أربعة للورثة، فصار لهم مثلاً ما خرج بالعتق، وإذا أعتق ثلثهم على ما قالوا، واستسعوا في باقيهم خرج بالعتق ما لم يحصل للورثة مثلاه، وتردد مال السعاية بين أن يحصل، فيتأخر به حقوق الورثة، وبين أن لا يحصل، فتبطل به حقوق الورثة، وما أدى إلى واحد منهما كانت الأصول مانعة منه.

والاستدلال الثاني: أن في التجزئة إيصال الورثة إلى حقوقهم من غير التركة، فيصير المعتق مستوعباً لتركته، وحقه في ثلثها، والوارث ممنوع منها، وقد استحق ثلثيها.

وما أدى إلى هذا كان الشرع مانعاً منه.

وأما الدليل على جواز القرعة لتمييز الحرية من الرق، فمن وجهين:

أحدهما: ما روي أن عمر بن عبد العزيز، رضي الله عنه، استشار خارجة بن زيد ابن ثابت، وأبان بن عثمان في القرعة بين العبيد في الحرية والرق، فأشارا عليه باستعمالها فيه، فعمل بها، ولم يظهر في عصره مخالف فيها، فصار قول ثلاثة من التابعين انعقد بهم الإجماع.

والاستدلال الثاني: أنه لما استعملت القرعة في قسمة الأملاك المشتركة ليتميز بها نقل أملاك عن ملاك، كان استعمالها في ملك الواحد ليتميز بها حرية ملكه من رقه أولى من وجهين: **أحدهما**: أنه في ملك واحد، وذلك في ملك جماعة. **والثاني**: أن في العتق حقاً لله تعالى، فكان بنفي التهمة أحق.

فصل

فإذا ثبت ما ذكرنا من تجزئتهم، والإقراع بينهم، فحكمهم موقوف في بقاء المعتق في مرضه لا يجري عليه حكم العتق، لجواز أن يحدث عليه دين يستغرق قيمتهم، فيرقوا، ولا يجري عليهم حكم الرق لجواز أن يفيدها ما لا يخرجون من ثلثه، فيعتقوا ولا يجزأون، ويقرع بينهم، لأنه غير موروث في حياته، وقد يجوز أن يصح، فلا يورث، وتكون أكساب العبيد المعتقين موقوفة على ما يستبين. فإذا مات المعتق وجبت التجزئة، واستعملت القرعة واعتبر قدر التركة ليكون العتق معتبراً بثلثها إذا أقنع الورثة من إجازته، ولو كان للمعتق في

مرضه مال يخرجون من ثلثه لم يحكم بعتقهم قبل موته، لجواز أن يتلف ماله، فلا يصل إلى ورثته أو يركبه دين يسترقون في قضائه.

فصل

فإذا مات المعتق، وأقرع بينهم كان من خرج عليه سهم العتق حراً بلفظ المعتق، وملك جميع أكسابه في حياة معتقه.

ومن خرج عليه سهم الرق مملوكاً لم يزل، وجميع أكسابه تركة موروثة، ولا تقع بالقرعة حرية ولا رق، وإنما لتتميز بها الحرية من الرق.

وحكي عن مالك أن بالقرعة يقع العتق، لأن رسول الله ﷺ: «حِينَ أَقْرَعَ بَيْنَ الْعَبِيدِ السِّتَّةِ أَعْتَقَ اثْنَيْنِ، وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً» وهذا المحكي عنه ليس بصحيح من وجهين: **أحدهما**: أنه لما كان خروجهم من الثلث موجباً لعتقهم بلفظ المالك، وجب إذا عجز الثلث عنهم أن تكون حرية من عُتِقَ منهم بلفظ المالك. **والثاني**: أن عتقهم بالقرعة مبطل لعتق المالك، وإبطال عتق المالك موجب لإبطال القرعة، وكل حكم علق بسبب أدى ثبوته إلى إبطال سببه، بطل الحكم بإثبات سببه.

فأما قولهم: إن النبي ﷺ: «أَقْرَعَ، فأعتق اثنين، وأَرَقَّ أربعة»، فلم يكن العتق إلا من المالك، فصارت القرعة تمييزاً للعتق من الرق - والله أعلم -.

بَابُ كَيْفِيَّةِ الْقُرْعَةِ بَيْنَ الْمَمَالِيكِ وَغيْرِهِمْ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «أَحَبُّ الْقُرْعَةِ إِلَيَّ وَأَبْعَدُهَا مِنَ الحَيْفِ عِنْدِي أَنْ تُقْطَعَ رِقَاعٌ صِغَارٌ مُسْتَوِيَةٌ فَيُكْتَبَ فِي كُلِّ رُقْعَةٍ اسْمُ ذِي السَّهْمِ حَتَّى يَسْتَوْظِفَ أَسْمَاءَهُمْ ثُمَّ تُجْعَلُ فِي بَنَادِقَ طِينٍ مُسْتَوِيَةٍ وَتُوزَنُ ثُمَّ تُسْتَجَفُ ثُمَّ تُلْقَى فِي حِجْرِ رَجُلٍ لَمْ يَحْضُرِ الْكِتَابَةَ وَلَا إِدْخَالَهَا فِي الْبَنْدَقِ وَيُغَطَّى عَلَيْهَا ثَوْبٌ ثُمَّ يُقَالُ لَهُ أَدْخِلْ يَدَكَ فَأَخْرِجْ بَنْدَقَةً فَإِذَا أَخْرَجَهَا فُضَّتْ وَقُرِىءَ اسْمُ صَاحِبِهَا وَدُفِعَ إِلَيْهِ الجُزْءُ الَّذِي أَقْرَعَ عَلَيْهِ ثُمَّ يُقَالُ لَهُ أَقْرِعْ عَلَى الْجُزْءِ الثَّانِي الَّذِي يَلِيهِ وَهَكَذَا مَا بَقِيَ مِنَ السُّهْمَانِ شَيْءٌ حَتَّى تَنْفَدَ وَهَذَا فِي الرَّقِيْقِ وَغَيْرِهِمْ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: اعلم أن القرعة تدخل في الأحكام لتمييز ما اشتبه إذا تعذر تمييزه بغيرها، لتزول فيه التهمة، ويخرج عن توهم المماثلة فوجب أن تستعمل على أحوط الممكنات فيها، وهي على ما وصفها الشافعي أحوط ممكن فيها، فاعتبر فما وصفه منها خمسة أشياء مبالغةً في الاحتياط، واحترازاً من الحيلة، وبعداً من التهمة.

وقال مالك: كيفما أقرع الحاكم بينهم، ولو بأقلام دواته أجزأ، وهذا عدول عن الاحتياط، وتعرض للارتياب الذي يُمْنَعُ منه الحكام.

واختار الشافعي أن تكون الرقاع في بنادق طين، وهو أولى من الشمع والحديد، لأن الشمع لَيّن تتم فيه الحيلة، والحديد شديد لا ينفتح، وإنْ لِيْنَ بالنار ربما أحرقت رقاعه. واختار ثانياً: بأن تكون البنادق متساوية الوزن والصفة، مدورة قد ملست، لئلا تختلف فتتميز. واختار ثالثاً: أن تجفف حتى تيبس، فلا تتم فيها حيلة. واختار رابعاً: أن توضع مغطاة، ويؤمر مَنْ لم يشاهدها بالإخراج حتى لا يرى ما تتوجه به إليه تهمة. واختار خامساً: أن يكون المخرج قليل الفطنة السلامة ليبعد من الإدغال والحيلة، فهذا أحوط ما يمكن فيها، وليس بعد ما ذكره الشافعي في صفتها من هذه الفصول الخمسة احتياط يؤمر به الحكام، فإن قصر فيبعضها أساء، ولم يبطل حكمه. والله أعلم.

بَابُ الإِقْرَاعِ بَيْنَ الْعَبِيدِ فِي الْعِتْقِ وَالدَّيْنِ وَالتَّبْدِئَةِ بِالْعِتْقِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَيُجَزَّأُ الرَّقِيقُ إِذَا أُعْتِقَ ثُلُثُهُمْ ثَلاثَةَ أَجْزَاء إِذَا كَانَتْ قِيمُهُمْ سَوَاءً وَيُكْتَبُ سَهْمُ الْعِتْقِ فِي وَاحِدٍ وَسَهما الرِّقّ في اثْنَيْنِ ثُمَّ يُقَالُ: أَخْرِجْ عَلَى هَذَا الْجُزْءِ بِعَيْنِهِ وَيُعْرَّفُ فَإِنْ خَرَجَ عَلَيْهِ الْعِتْقِ عُتِقَ وَرقَّ الجُزْءَانِ الآخرَانِ وَإِنْ خَرَجَ عَلَى الْجُزْءِ الأَوَّلِ سَهْمُ الرِّقِّ رقَّ ثُمَّ قِيلَ أَخْرِجْ فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعِتْقِ عَلَى الجُزْءِ الثَّانِي عُتِقَ وَرقَّ الثَّالِثُ وَإِن خَرَجَ سَهْمُ الرِّقِ عَلَيْهِ عُتِقَ الثَّالِثُ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ قِيَمُهُمْ ضُمَّ قَلِيلُ الثَّمَنِ إِلَى كَثِيرِ الثَّمَنِ حَتَّى يَعْتَدِلُوا فَإِنْ تَفَاوَتَتْ قِيَمُهُمْ فَكَانَ قِيمَةُ وَاحِدٍ مائَة وَقِيمَةُ اثْنَيْنِ مائة وَقِيمَةُ ثَلَاثَةٍ مائَة جَزَّأَهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ ثُمَّ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ عَلَى القِيَم فَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ وَاحِدٍ مائَتَيْنِ وَاثْنَيْنِ خَمْسِيْنَ، وَثَلَاثَةٍ خَمْسِيْنَ فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعِتْقِ عَلَى الْوَاحِدِ عُتِقَ مِنْهُ نِصْفُهُ وَهُوَ الثُّلُثُ مِنْ جَمِيْع المَالِ وَالآخَرُونَ رَقِيقٌ وَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ اثْنَيْنِ عُتِقَا ثُمَّ أُعِيْدَتِ القُرْعَةِ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ وَالْوَاحِدِ وَأَيُّهُمْ خَرَجَ سَهْمَهُ بِالعِتْقِ عُتِقَ مِنْهُ مَا بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ وَرَقَّ مَابَقِيَ مِنْهُ وَمِنْ غَيْرِهِ وَإِنْ خَرَجَ السَّهْمُ عَلَى الاثْنَيْنِ أَوِ الثَّلَاثَةِ فَكَانُوا لَا يَخْرُجُونَ مَعاً جُزِّئُوا ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ وَأُقْرِعَ بَيْنَهُمْ كَذَلِكَ حَتَّى يُسْتَكْمَلَ الثُّلُثُ وَيُجَزَّأوْنَ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ أَصَحُّ عِنْدِي مِنَ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةٍ».

قال الماوردي: وهذا الباب يشتمل على بيان استعمال القرعة، ويتضمن ثلاثة فصول: **أحدها**: في التجزئة. **والثاني**: في التعديل. **والثالث**: في الإخراج.

فأما التجزئة، فهو أن يجزئوا ثلاثة أجزاء إذا كان المقصود عتق الثلث لأن مخرجه من ثلاثة ولو كان المقصود عتق الربع جزأوا أربعة أجزاء لأن مخرجه من أربعة.

ولو كان المقصود عتق النصف جزأوا جزأين، لأن مخرجه من اثنين ثم على هذا.

وأما التعديل فمعتبر بأعداد العبيد وقيمهم، وهم في العدد والقيمة على ستة أقسام:

أحدها: أن يوافق عددهم مخرج الثلث، وتتساوى قيمهم، فيكونوا في موافقة العدد ثلاثة، أو ستة، أو تسعة، وتكون قيمة كل واحد منهم مائة درهم، فإن كانوا ستة جعل كل اثنين جزءاً، وكان الجمع بين كل اثنين معتبراً برأي الحاكم، فإن كان فيهم متناسبان أخوان أو أب وابن كان الجمع بينهما أولى من التفرقة وإن كان منهم أَمَتَان، فالجمع بينهما أولى من التفرقة، وإن كان فيهم زوجان فالجمع بينهما أولى من التفرقة؛ فإن فرق بين المتناسبين جاز إلا أن تكون أمَةٌ معها ولد صغير، فلا يجوز أن يفرق بينهما في التجزئة، لئلا تختلف أحكامهما، فيفرق بينها وبين ولدها، فتوله عليه، وقد ورد النهي عنه. وإن فرق بين الزوجين، ففي جوازه وجهان:

أحدهما: يجوز كجواز التفرقة بين الأخوين والأمتين.

والوجه الثاني: لا يجوز أن يفرق في التجزئة بين الزوجين، وإن جاز أن يفرق فيها بين الأخوين، ليجتمعا على الحرية والرق، ولا يختلفان فيها، فيفضي إلى فسخ النكاح المعقود في التفرقة بين الأخوين والأَمَتَيْن.

فإذا جزأوا أثلاثاً، وجمع بين كل جزأين اثنين كان الحاكم في الإخراج بين خيارين:

أحدهما: أن يكتب في الرقاع الأسماء، ويخرج على الحرية والرق، فيكتب سالماً وغانماً في رقعة، ونافعاً وبلالاً في أخرى، ونجاحاً وإقبالاً في الثالثة.

وهو فيما يقوله عند الإخراج من الحرية والرق بين أمرين:

أولاهما وأعجلهما إلى فصل الحكم: أن يقول: أخرج على الحرية، فإذا خرج أحد الأجزاء أعتق مَنْ فيها، ورق مَنْ في الجزأين الآخرين، لأنه لم يبق للعتق ما يخرج لأجله.

والثاني: أن يقول: اخرج على الرق، فإذا خرج أحد الأجزاء رق من فيه، وبقي جزءان أحدهما رقيق، والآخر حر وهو بين أمرين: إما أن يقول: أخرج على الرق، فيرق من فيه، ويعتق من في الجزء الثاني، وإما أن يقول: أخرج على الحرية، فيعتق من فيه، ويرق من في الجزء الباقي.

والخيار الثاني: أن يكتب في الرقاع الحرية والرق، ويخرج على الأسماء، فيكتب في رقعة عتقاً، وفي رقعتين رقاً.

ويقول: اخرج لسالم وغانم. فإن خرج لهما سهم الحرية عتقا، ورق الأربعة الباقون،

وإن خرج لهما سهم الرق رقا، وقال: اخرج لنافع وبلال فإن خرج لهما سهم العتق عتقا، ورق الآخران، وإن خرج لهما سهم الرق رقا، وعتق الآخران. فهذا حكم القسم الأول في تجزئته وإخراجه.

فصل

والقسم الثاني: أن يوافق العدد، وتختلف القيم، ويمكن التعديل.

مثاله: أم يكونوا ستة، قيمة اثنين منهم مائتان، وقيمة اثنين منهم ثلاثمائة، وقيمة اثنين منهم أربعمائة. فإذا جمعت قيمهم كانت تسعمائة ثلثها ثلاثمائة فيجعل العبدان اللذان قيمتهما ثلاثمائة سهماً ونضم واحداً من العبدين اللذين قيمتهما مائتان إلى أحد العبدين اللذين قيمتهما أربعمائة، ويجعل كل اثنين منهما سهماً قيمته ثلاثمائة فتتعدل السهام الثلاثة في العدد والقيمة، ثم الحاكم في الإخراج بين خيارين على ما قدمناه من كتب الأسماء والإخراج على الحرية والرق وبين كتب الحرية والرق والإخراج على الأسماء.

فصل

والقسم الثالث: أن يوافق العدد، وتختلف القيم، ولا يمكن التعديل.

مثاله: أن يكونوا ستة، قيمة واحد منهم مائة، وقيمة اثنين منهم مائة، وقيمة ثلاثة مائة، فمجموع قيمهم ثلاثمائة، فمذهب الشافعي المنصوص عليه أنه يجزأ سهامهم على القيمة دون العدد، فنجعل العبد الذي قيمته مائة سهماً، ونجعل العبدين اللذين قيمتهما مائة سهماً، ونجعل الثلاثة الذين قيمتهم مائة سهماً، وكان الإخراج على ما مضى من الخيارين، فإن خرج سهم العتق على الواحد الذي قيمته مائة عتق، ورق الخمسة، وإن خرج على العبدين اللذين قيمتهما مائة عتقا، ورق الأربعة، وإن خرج على الثلاثة الذين قيمتهم مائة عتقوا، ورق الثلاثة. وذهب بعض أصحابه إلى خلاف قوله فجزأهم على العدد دون القيمة لأن النبي ﷺ أقرع على العدد دون القيمة، فكان العدد أولى أن يكون معتبراً من القيمة فنجعل العبدين اللذين قيمتهما مائة سهماً، ويضم أحد العبيد الثلاثة الذين قيمتهم مائة إلى العبد الذي قيمته مائة، فيصير سهمه أكثر من مائة، وسهم الباقين أقل من مائة، ثم يقرع بينهم فإن خرج سهم العتق على العبدين المقوم أحدهما بمائة والآخر بثلث المائة رق الأربعة الباقون فصار سهم العتق خارجاً على أكثر من الثلث، فلم ينفذ العتق في جميعها لزيادتهما على الثلث، وأقرع بينهما قرعة ثانية، فإن خرج سهم العتق على العبدين المقوم أحدهما بمائة والآخر بثلث المائة رق الأربعة الباقون فصار سهم العتق خارجاً على أكثر من الثلث،

فلم ينقذ العتق في جميعهما لزيادتهما على الثلث، وأقرع بينهما قرعة ثانية، فإن خرج سهم العتق على المقوم بمائة عتق، ورق الآخر، وإن خرج على المقوم بثلث المائة عتق جميعه، وثلثا الآخر لاستكمال الثلث، ورق ثلثه الزائد على الثلث، وهذه طريقة غير مرضية، لما تقضي إليه من إعادة القرعة مراراً أو تبعض الحرية والرق في شخص واحد.

فصل

والقسم الرابع: أن تختلف قيمهم، ولا يوافق عددهم، ويمكن التعديل بينهم. مثاله: أن يكونوا ثمانية: قيمة واحد منهم مائة، وقيمة ثلاثة مائة، وقيمة أربعة مائة، فمجموع قيمتهم ثلاثمائة، فيجزأون على القيم دون العدد وجهاً واحداً، وافق عليه من خالف فيما تقدم لأن العدد لما لم يوافق سقط اعتباره، فوجب أن يعتبر ما يعدل من القيمة فنجعل العبد المقوم بمائة سهماً، والثلاثة المقومين بمائة سهماً، والأربعة المقومين بمائة سهماً، فإن خرج سهم العتق على الواحد المقوم بمائة عتق ورق السبعة، وإن خرج على الثلاثة المقومين بمائة عتقوا، ورق الخمسة، وإن خرج على الأربعة المقومين بمائة عتقوا، ورق الأربعة.

وعلى هذا لو كانا عبدين قيمة أحدهما مائة، وقيمة الآخر مائتين جعلا سهمين، وأقرع بينهما، فإن خرج سهم المعتق على المقوم بمائة عتق جميعه، ورق جميع الآخر، وإن خرج على المقوم بمائتين عتق نصفه، ورق نصفه، وجميع الآخر.

فصل

والقسم الخامس: أن تختلف قيمهم، ولا يوافق عددهم، فلا يمكن التعديل في القيمة ولا في العدد. مثاله: أن يكونوا خمسة: قيمة أحدهم مائة، وقيمة الثاني مائتان، وقيمة الثالث ثلاثمائة وقيما الرابع أربعمائة، وقيمة الخامس خمسمائة، فمجموع قيمهم ألف وخمسمائة ثلثها خمسمائة، ففي الإقراع بينهم قولان:

أحدهما: أنه لا يعتبر فيهم التعديل، لتعذره في القيمة والعدد، وتكتب أسماؤهم في رقاع بعددهم، وتخرج على العتق، فإن خرج اسم المقوم بخمسمائة عتق، ورق الأربعة الباقون، وإن خرج اسم المقوم بأربعمائة عتق، وبقي بعده من الثلث مائة، فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بثلاثمائة عتق منه ثلثه، ورق ثلثاه، والثلاثة الباقون، إن خرج في الابتداء اسم المقوم بثلاثمائة عتق، وبقي بعده من الثلث مائتان، فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بمائتين عتق جميعه، ورق الثلاثة الباقون، ولو خرج في الابتداء سهم المقوم بمائتين عتق، وبقي بعده من الثلث ثلاثمائة فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم

بمائة عتق، وبقي بعده من الثلث مائتان، فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بخمسمائة عتق منه خمساه، ورق ثلاثة أخماسه الاثنان الباقيان، ثم على هذا القياس.

والقول الثاني: يجزأون ثلاثة أجزاء على القيمة دون العدد فيجعل المقوم بخمسمائة سهماً، ويجمع بين المقوم بأربعمائة، والمقوم بمائة، فيجعل سهماً ثانياً ويجمع بين المقوم بثلاثمائة والمقوم بمائتين، فيجعل سهماً ثالثاً، ثم يخرج على العتق، فأي السهام خرج عتق من فيه، وقد استكمل به الثلث، ورق الباقون.

فصل

والقسم السادس: أن تتساوى قيمهم، ولا يوافق عددهم.

مثاله: أن يكونوا أربعة قيمة كل واحد منهم مائة، فمجموع قيمهم أربعمائة، ثلثها مائة وثلاثة وثلاثون وثلث، فتكتب أسماؤهم في الرقاع بعددهم قولاً واحداً، فإذا خرج اسم أحدهم عتق، وأخرج اسم ثان فأعتق ثلثه، ورق ثلثاه، وجميع الآخرين، ثم على هذا القياس. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيْطُ بِبَعْضِ رَقِيْقِهِ جُزِّئَ الرَّقِيْقُ عَلَى قَدْرِ الدَّيْنِ ثُمَّ جُزِّئُوا فَأَيُّهُمْ خَرَجَ عَلَيْهِ سَهْمُ الدَّيْنِ بِيْعُوا ثُمَّ أَقرَعَ لِيَعْتِقَ ثُلُثُهُمْ بَعد الدَّيْنِ وَإِنْ ظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بَعْدَ ذَلِكَ بِعْتُ مَنْ عَتَقَ حَتَّى لَا يَبْقَى عَلَيْهِ دَيْنٌ».

قال الماوردي: وهذه المسألة مصورة في عتق ودين يستوعبان التركة، وهو أن يكون له عبيد لا يملك غيرهم، وقد أعتقهم في مرض موته أو أوصى بعتقهم، وعليه دين يستوعب قيمهم أو قيمة بعضهم، فإن كان الدين مستوعباً لقيمهم ارتفع حكم العتق بالدين سواء أعتقهم في مرضه أو وَصَّى بعتقهم بعد موته، لأن العتق في المرض وبعده وصية تعتبر من الثلث، والدَّين مقدم على الوصايا، فلذلك بطل به حكم العتق، كما بطل به حكم جميع الوصايا والمواريث، وإن كان الدين غير مستوعب لقيمهم ارتفع حكم العتق فيما قابل قدر الدَّين، وكان باقياً فيما عداه. والدَّين خارج من أصل التركة، والعتق معتبر من ثلثها، فتصور المسألة في أسهل أمثلتها، ليكون مثالاً لغيره، وهو أن يكون له أربعة عبيد يعتقهم في مرضه، ولا مال له غيرهم، وقيمة كل عبد منهم مائة درهم، ويموت ويظهر عليه مائة درهم دَيْنَاً، فلظهور الدين حالتان: **إحداهما**: أن يظهر قبل تحرير العتق بالقرعة. **والثانية**: بعد تحريره بها.

فإن ظهر قبل القرعة وجب أن يقرع بينهم لقضاء الدين ثم يقرع بينهم للعتق فإن قيل:

فقضاء الدين لا يحتاج إلى قرعة، كما لو اجتمع الدين مع الوصايا لم يقرع في التركة بين أرباب الديون والوصايا. قيل: إنما أقرع في الدين مع العتق، وإن لم يقرع فيه مع الوصايا لأمرين: فرق وتعليل.

فأما الفرق فهو أن القرعة لما استعملت في العتق إذا انفرد، ولم تستعمل في الوصايا إذا انفردت استعملت في العتق إذا اجتمع مع الدَّين، وإن لم يستعمل في الوصايا إذا اجتمعت مع الدَّين.

وأما التعليل: فهو أن العتق لا يترك بالعجز على إشاعته حتى يميز بالقرعة، فلم يجز أن يشاع ما دخله العجز إلا بالقرعة والوصايا تترك بالعجز على إشاعتها، ولا تميز بالقرعة، فجاز أن يشاع ما دخله العجز بغير قرعة.

وإذا وجب الإقراع للدَّين كما وجب الإقراع للعتق، وجب تقديم الإقراع للدَّين كما وجب الإقراع للعتق، لإمضاء العتق بعد قضاء الدين، ولم يجز أن يجمع في الإقراع الواحد بين قضاء الدين والعتق، كما وهم فيه بعض الفقهاء، لأمرين: **أحدهما**: لتقديم الدين على الوصايا. **والثاني**: يجوز أن تزيد قيمة من قرع في الدَّين، فتضم الزيادة إلى من أفرد للعتق أو تنقص القيمة، فتتمم ممن أفرد للعتق.

فإذا تقررت هذه الجملة، فمعلوم من صورة ما قلناه أن الدَّين مقابل لربع التركة، لأنه مائة والتركة أربع مائة، فوجب أن يُجَزَّأوا أرباعاً، ويكتبوا في أربع رقاع، والمقرع فيه بين خيارين: **أحدهما**: أن يكتب أسماءَهم، ويخرج على الدين، فمن خرج اسمه بيع فيه. **والثاني**: أن يكتب في رقعة ديناً، وفي ثلاثة رقاع تركة، ويخرج على الأسماء فمن خرج عليه سهم الدَّين بيع فيه، فإذا تعين المبيع في الدَّين بالقرعة لم يجز أن يقرع بين الباقين في العتق إلا بعد بيعه في الدَّين، لأنه قد يجوز أن تزيد قيمته، فيزاد على سهام العتق، ويجوز أن تنقص، فتتمم من سهام العتق، ويجوز أن يهلك فيقرع للدَّين ثانية من سهام العتق، فلذلك وجب التوقف على الإقراع للعتق حتى يباع القارع في الدَّين، ويقضى بثمنه جميع الدَّين ثم تستأنف قرعة العتق بين الثلاثة على ثلاثة أجزاء، فيعتق منهم من خرج عليه سهم العتق، ويرق من خرج عليه سهم الرق، فلو كانوا ثلاثة عبيد قيمتهم أربعمائة درهم، والدَّين مائة درهم، جُزِّئوا في الدين ثلاثة أجزاء على عددهم، فإذا خرجت فيه قرعة أحدهم بيع منه ثلاثة أرباعه، لأن قيمته مائة. وثلاثة وثلاثون وثلث. والمائة الدَّين هي ثلاثة أرباعها، ويبقى عبدان، وربع قيمتهم ثلاثمائة فيجزأون أثلاثاً، ويقرع بينهم للعتق، فإن خرج سهم العتق على أحد الكاملين عتق ثلاثة أرباعه، ورق ربعه مع جميع الآخر والربع الباقي من المبيع في

الدَّين، وإن خرج سهم العتق على الربع الباقي من المبيع في الدَّين عتق، وقرع بين الكاملين، وأعتق من القارع نصفه، ورق نصفه، وجميع الآخر. والله أعلم.

فصل

وإذا كان ظهور الدين بعد تحرير العتق بالقرعة.

مثاله: أن يقرع بين العبيد الأربعة، فيعتق منهم عبد وثلث، ثم تظهر عليه مائة درهم ديناً لم يعلم به قبل القرعة، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو مذهب الشافعي المنصوص عليه في المبسوط من كتاب «الأم» أن قرعة العتق ماضية، ويباع في الدَّين بما استرقه الورثة، وهو عبدان وثلثا عبد بمائة لقضائه للدَّين إن لم يقضوه من أموالهم، وهم بالخيار في بيع من شاؤوا منهم بغير قرعة، لأنه لا حق فيهم للمعتق، فلم يحتج في بيعه إلى قرعة، ويبقى معهم عبدان وثلثان، وقد صارت التركة بعد قضاء الدَّين ثلاثة عبيد قيمتهم ثلاثمائة، فيبقى للورثة تمام حقهم في الثلثين ثلث عبد، وقد خرج بالعتق عبد وثلث، فيقرع بين العبد والثلث، ليسترق منهما ثلث عبد يستكمل به الورثة ثلثي التركة، فإن خرجت قرعة الرق على ثلث العبد رق للورثة، وتحرر عتق الآخر كله، وإن خرجت على هذا الآخر الكامل العتق قرعة الرق رق ثلثه، وعتق ثلثاه والثلث الآخر، وصار عتق العبد مبعضاً في عبدين، فهذا حكم الوجه الأول في استيفاء حكم القرعة الأولة.

والوجه الثاني: وهو قول طائفة من أصحاب الشافعي أن قرعة العتق تبطل بظهور الدين بعدها، كما كانت تبطل بظهور الدين قبلها، لأنها وقعت في غير حقها كأخوين اقتسما تركة ثم ظهر لهما أخ ثالث بطلت قسمتهما، ووجب أن يستأنفاها مع الثالث، فعلى هذا تنقض القرعة، ويعود من أعتق بها إلى الحكم الأول، ويبتدىء فيقرع بين الأربعة للدَّين، فيباع فيه أحدهم، ويبقى بعد المبيع في الدَّين ثلاثة يستحق عتق أحدهم، فيقرع بينهم للعتق، ويعتق منهم من قرع، ويرق الآخران.

والوجه الأول أصح؛ لأنه تحفظ به حرية من عتق وعبودية من رق، وعلى هذا الوجه الثاني قد يعتق به من رق، ويرق به من عتق. والله أعلم.

فصل

ولو كان العبيد الأربعة على حالهم، وعليه مائة درهم ديناً فأقرع بينهم للدَّين، وبيع فيه أحدهم، ثم أقرع بين الثلاثة الباقين للعتق، وأعتق أحدهم، ورق للورثة اثنان منهم ثم ظهر عليه مئة درهم ثانية ديناً، كان على الوجهين المتقدمين:

أحدهما: وهو مذهب الشافعي يباع في الدَّين أحد العبدين المسترقين، ويسترق من

العبد المعتق ثلثه، فيصير للورثة عبد وثلث، وينفذ بالعتق ثلثا عبد.

والوجه الثاني: تبطل قرعة العتق، ويستأنف القرعة بين الثلاثة للدَّين، فإذا قرع فيه أحدهم بيع للدَّين سواء كان محكوماً بعتقه أو برقه، ثم استؤنفت قرعة العتق، فأعتق بها ثلثا أحدهما، ورق للورثة ثلثه، وجميع الآخر، وعلى هذا لو ظهرت عليه مائة ثالثة ديناً بعد ما بيع في المائة الثانية، فعلى الوجه الأول الذي هو المذهب لا تنقض قرعة العتق، ويباع مما استرقه للورثة عبد بمائة درهم، ويبقى معهم ثلث عبد، فيسترقون من ثلثي من عتق ثلثه، ليصير لهم ثلثا عبد، وللعتق ثلث عبد.

وعلى الوجه الثاني: تنقض قرعة العتق، ويعود العبدان الآخران إلى حكم الرق، فيباع في الدَّين أحدهما بالقرعة، ويبقى الآخر، فيعتق ثلثه، ويرق ثلثاه.

ولو ظهرت بعدها مائة رابعة ديناً بيع فيه من أعتق ومن رق على الوجهين معاً لاستيعاب الدَّين جميع التركة، فلو كانت التركة عبداً قيمته مائة درهم أعتقه في مرضه، ومات فحكم بعتق ثلثه، ورق ثلثيه لورثته، ثم ظهر عليه دين قدره مائة درهم يستوعب جميع تركته، فمذهب الشافعي وجمهور أصحابه أنه ينقض ما حكم به من عتق ثلثه، ويباع جميعه في دينه، ووهم بعض أصحابه، فأعتق تسْعَه، وأرق في الدَّين ثمانية أتساعه، وجعل وجه ذلك أن مَال للعتق سهم، وللدَّين سهمان ثم سهم العتق مقسوم بين العتق والورثة على ثلاثة، فيصح من تسعة ستة منها، وهي الثلثان للدَّين وثلثه بين العتق والورثة أثلاثاً، للعتق سهم وهو التسع، فيعتق تسعه، ويبقى للورثة سهمان ترد على أصحاب الدَّين، ولا وجه لهذا القول لأن عتق المرض وصية في الثلث، ولا وصية إلا بعد قضاء الدين كما لا ميراث إلا بعد قضائه.

فصل

ولو كانوا أربعة فبيع من الأربعة أحدهم في الدَّين، وأعتق من الثلاثة أحدهم في الثلث، ورق الآخران للورثة، ثم استحق أحد العبدين المسترقين كان استحقاقه كالدَّين الحادث بعد العتق، فيكون على ما ذكرناه من الوجهين: **أحدهما**: يسترق من المعتق ثلثه، ولا تنقض القرعة. **والثاني**: تنقض القرعة، وتستأنف في العبدين، ويعتق ثلثا أحدهما بالقرعة الثانية على من خرجت منهما، ولو استحق العبد المعتق بطل فيه العتق، واستؤنفت القرعة بين الباقين على الرق وجهاً واحداً، وأعتق ثلثا أحدهما، ورق باقيه، وجميع الآخر، ولو استحق المعتق، وأحد المسترقين صارت التركة عبداً واحداً، فيعتق ثلثه، ويرق ثلثاه بغير قرعة.

فصل

وحكم هؤلاء العبيد لو لم يعتقهم في مرضه، ووصى بعتقهم بعد موته، وهم جميع تركته كحكمهم لو أعتقهم في مرضه إلا في أربعة أحكام: **أحدها**: أن عتقهم في المرض متقدم على الموت، وفي الوصية متأخر عنه. **والثاني**: أن عتق المرض مباشرة ينفذ بلفظه، وعتق الوصية ينفذ بلفظ الورثة، فإن امتنعوا استوفاه الحاكم منهم. **والثالث**: أن قيمة المعتقين في المرض معتبرة بوقت عتقهم قبل الموت، وقيمة المعتقين في الوصية معتبرة بقيمتهم وقت الموت على ما سنذكره. **والرابع**: أن العتق في المرض يملكون به ما اكتسبوه في حياة المعتق، وبعد موته، وكسب من رق منهم يملك المعتق منه ما كسبوه في حياته، ويضاف إلى تركته، ويملك الورثة ما اكتسبوه بعد موته، والعتق بالوصية يوجب أن تكون أكسابهم قبل الموت من تركة الموصي وأكسابهم بعد الموت للورثة، يستوي فيه كسب من عتق منهم، ومن رق قبل القرعة للعتق، ولا يقضى من هذه الأكساب ديون الميت، لأنها حادثة على ملك الورثة، وحكي عن أبي سعيد الإصطخري أن ديون الميت تقضى من هذه الأكساب الحادثة على ملك الورثة، لأنهم استفادوها من تركة لا يستقر ملكهم عليها، إلا بعد قضاء ديونها.

ويتفرع على هذا الفصل: إذا أعتق عبداً في مرضه قيمته مائة درهم لا مال له غيره، فكسب في حياة سيده مائة درهم وبعد موته مائة درهم فالمائة التي كسبها في حياة سيده داخلة في تركته تضم إلى قيمته، ويدخل بها دَوْرٌ يزيد في عتقه، والمائة التي كسبها بعد موته خارجة من التركة، ولا يدخل بها دَوْرٌ، ولا يزيد بها عتق، وقدر ما يعتق منه نصفه، ويملك به نصف كسبه في حياة سيده، ونصف كسبه بعد موته، ويرق نصفه للورثة، ويستحقون به نصف كسبه في حياة سيده ميراثاً، ونصف كسبه بعد موته مِلْكاً، وبابه في عمل الدَّوْرِ أن يجعل العتق سهماً، والكسب سهماً، لأن الكسب مثل قيمة العبد، ويجعل للورثة سهمين، ليكونا مثلي سهم العتق، وتجمع السهام، وهي أربعة، وتقسم التركة عليها، وهما مائتا درهم، لأن قيمة العبد مائة درهم، وقد ضم إليها الكسب في حياة السيد مائة، فيكون قسط كل سهم منها خمسين درهماً، وللعتق سهم واحد، وهو نصف قيمته، فعتق به نصفه، وملك به نصف كسبه في حياة السيد، ورق نصفه للورثة، وملكوا نصف كسبه في حياة السيد ميراثاً، فصار لهم بالرق والكسب مائة درهم هي مثلا ما عتق من نصفه، ويكون الكسب بعد موت السيد بين العبد والورثة نصفين، بحسب ما فيه من حُرِّيَّة ورق.

فلو كانت المسألة بحالها في عتق هذا العبد الذي قيمته مائة درهم، وكسب العبد في حياة سيده مائة درهم، وبعد موته مائة درهم، وكان على السيد مائة درهم ضم كسب الحياة

إلى التركة، وخرج الكسب بعد الموت منها، فصارت التركة مائتي درهم يقضى نصفها في الدَّين، ويبقى نصفها في العتق والميراث فيعتق منه ربعه، ويرق ثلاثة أرباعه، وبابه أن يجعل للعتق سهماً، وللكسب سهماً، وللورثة سهمين، ويقسم باقي التركة بعد الدَّين، وهو مائة على هذه السهام الأربعة يكون قسط السهم منها خمسة وعشرين درهماً، فيعتق منه بسهم العتق ربعه، ويملك به ربع كسبه، ويرق للورثة ثلاثة أرباعه، وهو بخمسة وسبعين درهماً، ويملكون به ثلاثة أرباع كسبه، وهو خمسة وسبعون درهماً، يصيران مائة وخمسين درهماً يقضى منهم الدَّين مائة درهم يبقى مع الورثة خمسون درهماً هي مثلا ما خرج بالعتق المقدر بخمسة وعشرين درهماً، وتكون المائة المكتسبة بعد موت السيد بين العبد والورثة بقدر الحرية والرق، يملك العبد ربعها بقدر حريته، ويملك الورثة ثلاثة أرباعها كسباً مستفاداً، بما ملكوه من رقه لا تدخل التركة، ولا يقضى منها الدَّين.

فأما على قول أبي سعيد الإصطخري: يقضي الدَّين منها، فيدخل بها دَوْرٌ يزيدُ في العتق لزيادة ما يقضى به الديون وزيادة دورها بثلثها، لأن المحكي عن أبي سعيد أن الكسب بعد الوفاة يقضى به الديون ولا ينفذ به الوصايا، فتجعل المائة المكتسبة بعد الموت أثلاثاً، ثلثاً للعبد بكسب عتقه، وثلثاً للورثة بكسب رقه، وثلثاً يضاف إلى التركة لقضاء دينه، فتصير التركة مع هذا الثلث مائتين وثلاثة وثلاثين وثلثاً، يقضى منها الدَّين مائة، يبقى من التركة بعد قضائها مائة وثلاثة وثلاثون وثلث تقسم على أربعة هي سهم للعتق وسهم للكسب وسهمان للورثة، يخرج قسط السهم ثلاثة وثلاثين وثلث فأعتق منه بقدرها، وهو الثلث، ويملك به ثلث كسبه، ويرق للورثة ثلثاه، وهو مثلا ما عتق منه، وقد ملك من المكتسب بعد الموت ثلثه، وملك الورثة ثلثيه، وهما مستفادان من غير التركة.

قلت: كأنه جعل جزءًمن العبد يقضى به الدَّين، فهو لما يستحق بذلك الجزء من كسبه في حياة سيده، وبعد موت السيد للدَّين ثم جعل سهماً من رقبته ببيعه سهماً من الكسب بقدر ثلاثة أسهم ما بقي، ولو كسب بعد الموت مائة لصار في ملكه الذي مع ربع كسبه، وبقية كسبه بعد الموت، فسقط، لأنه ليس من التركة، فيبقى ما يبقى، لأنه عبد أعتقه في مرض موته، وبقية كسبه في حياة سيده.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَعْتَقْتُ ثُلُثاً وَأَرْقَقْتُ ثُلُثَيْنِ بِالْقُرْعَةِ ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ يُخْرَجُونَ مَعاً مِنَ الثُّلُثِ أَعْتَقْتُ مَنْ أَرْقَقْتُ وَدَفَعْتُ إِلَيْهِمْ مَا اكْتَسَبُوا بَعْدَ عِتْقِ الْمَالِكَ إِيَّاهُمْ».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا أعتق عبيداً في مرضه، وعليه دين، ولم يظهر له

مال، فبيع بعضهم في دينه، وأعتق منهم قدر ثلثه، ورق باقيهم ثم ظهر له مال، فإن خرجوا من ثلثه عتقوا جميعهم، وإن نقص ثلثه عنهم أعتق منهم قدر ثلثه.

مثاله: أن يعتق أربعة عبيد قيمة كل عبد مائة درهم، ويترك ديناً قدره مائة درهم، ولم يظهر له مال، فيبيع أحدهم في دينه، وأعتق أحدهم في ثلثه، واسترق اثنان لورثته، ثم ظهر له مائة درهم، فيسترجع بظهور المائة العبد المبيع في الدَّين، ويُفْسَخُ فيه البيع، ويصير بظهور هذه المائة بمثابة من ليس عليه دين، فعلى هذا لا يختلف مذهب الشافعي، ومن خالفه من أصحابه في نقص القرعة بظهور الدَّين أنها لا تنقص بظهور المال، لأن ظهور الدَّين يوجب نقصاً في العتق، وزيادة الرق، تنقض به قرعة الرق وظهور المال يوجب زيادة العتق ونقصان الرق، فلم يجز أن تنقض به قرعة العتق، فيكون عتق من قرع بَاتاً لا رجعة فيه، وقد بقي في الثلث بعد عتقه أن يعتق من الثلث ثلث واحد يستوعب به الثلث، فيقرع بينهم، ويعتق ثلث أحدهم، ويسترق ثلثاه مع الآخرين، ولو ظهر له مائتا درهم كان الباقي منها بعد قضاء الدين مائة، فيعتق من الثلاثة ثلثا عبد، لأن التركة خمسمائة. ولو ظهر له ثلاثمائة درهم عتق بها من الثلاثة عبد كامل، لأن التركة بعد الدَّين ستمائة. ولو ظهر له أربع مائة عُتق بها من الثلاثة عبد وثلث، لأن التركة بعد الدين سبعمائة. ولو ظهر له خمسمائة عتق بها من الثلاثة عبد وثلثان، لأن التركة بعد الدَّين ثمانمائة. ولو ظهر له ستمائة عتق بها من الثلاثة عبدان، لأن التركة بعد الدَّين تسعمائة. ولو ظهر له سبعمائة عتق بها من الثلاثة عبدان وثلث. ولو ظهر له ثمانمائة عتق بها من الثلاثة عبدان وثلثان. ولو ظهر له تسعمائة عتق بها الثلاثة كلهم، لأن التركة تصير بها بعد قضاء الدَّين ألفاً ومائتين، والعبيد أربعة قيمتهم أربعمائة هي قدر الثلث، فيعتقوا جميعاً.

فصل

فإذا تحرر عتق جميعهم على ما وصفنا بَانَ بعد أن أجري حكم الرق عليهم أنهم كانوا أحراراً، بعتق السيد في حياته يوم أعتقهم، فيبطل ما جرى عليهم من أحكام الرق، فيصيرون مالكين لجميع أكسابهم التي كسبوها في حياة السيد، وبعد موته، ولو كان مات لأحدهم موروث، ومنع من ميراثه بالرق كان أحق بميراثه من الأبعد، وانتزع ميراثه منه.

ولو كان هو الميت، وأخذ الوارث ماله انتزع منه، وكان وارثه أحق به، ولو تزوج بأمة لا يستحقها في الحرية بطل نكاحها، ولو كانت أمة زوجها الوارث بالملك بطل نكاحها حتى يستأنفه وليها، ولو وطئها الوارث بحكم الملك كان عليه مهرها، ولو كان قد زنى أحدهم، وجلد خمسين كمل حده، ليتم جلد مائة إن كان بكراً، ويرجم إن كان ثيباً، ولو

كان الوارث قد باع أحدهم بطل بيعه، ورجع مشتريه على الوارث بثمنه، فلو كان قد رهنه بطل رهنه وإن كان قد أخره بطلت إجارته، ورجع على مستأجره بأجرة مثله من الأحرار دون العبيد، ورجع المستأجر على الوارث بما دفعه إليه من الأجرة، ولو كان الوارث قد أعتقه بطل عتقه، وكان ولاؤه للأول، ولو كاتبه بطلت كتابته، ورجع بما أدى، ولو جنيت عليه جناية عمد، وأخذ الوارث أرشها، كان له أن يقتص من الجاني، ولا يسقط بأخذ الوارث للأرش ويرد الأرش على الجاني، ولو كان قد بيع في جناية جناها بطل بيعه، وكانت جنايته خطأ على عاقلته وعمداً في ماله، واسترجع من المجني عليه ثمنه، وَرُدَّ على مشتريه، ثم على هذا القياس في جميع الأحكام. والله أعلم.

فصل

وإذا أعتق في مرضه عبداً قيمته مائة درهم لا مال له غيره، ومات العبد في حياة سيده ففي عتقه ونفوذه ثلاثة أوجه: **أحدها**: وهو قول أبي العباس بن سريج أنه قد نفذ عتقه في جميعه، ويموت حراً قد جَدَّ ولاء ولده، وموروثاً ينتقل كسبه إلى ورثته، وإن لم يخرج من ثلث سيده، لأنه مات قبل حقوق الورثة، فلم تجز فيه المواريث، وصار كعتق الصحيح. **والوجه الثاني**: أن عتقه قد بطل، ويموت عبداً، وينتقل كسبه إلى سيده بالملك، ولا يجرُّ ولاء ولده، لأن عتقه في المرض وصية تبطل بموت الموصى له قبل موت الموصي. **والوجه الثالث**: وهو الظاهر من مذهب الشافعي، والمعمول عليه من قوله: أن موته لا يرفع حكم العتق في حقه ويرفع عنه حكم الرق في حق ورثته، وعتقه ليس بوصية له إن جرى في اعتباره من الثلث مجرى الوصية، لأنه لا يراعى فيه قبوله، ولا يؤثر فيه رده، وعلى هذا تختلف أحكامه باختلاف أحواله، فإن مات عن غير كسب كان ثلثه حراً، وثلثاه مملوكاً، يجر بثلثه ثلث ولاء ولده، وإن مات عن كسب فله حالتان:

إحداهما: أن لا يكون له وارث غير سيده، فينظر في قدر كسبه، فإن كان مائتي درهم ورثها السيد، وعتق جميعه، لأنه قد صار إلى التركة مثلا قيمته، وإن كان كسبه مائة درهم مات نصفه حراً ونصفه مملوكاً، وكانت المائة للسيد نصفها بحق الولاء، ونصفها بحق الملك، وهي مثلا قيمة نصفه.

والحالة الثانية: أن يكون له وارث غير سيده، فإن قيل: بمذهب الشافعي في القديم أن المعتق بعضه إذا مات لم يورث، وكان ماله لسيده، كان حكمه على ما مضى إذا لم يخلف وارثاً غير سيده.

وإن قيل: بمذهبه في الجديد أنه يكون موروثاً دخل الدور في عتقه بقدر كسبه، فإن

كان كسبه مائتي درهم عتق نصفه، ورق نصفه.

وبابه في حسابه أن يجعل له برقبته سهماً لعتقه، وبكسبه سهمين لورثته، لأن الكسب صعف قيمته، ويجعل لورثة سيده سهمين ضعف قيمته، وجمع سهم ورثته وسهمي ورثة سيده، وهي أربعة، ولا تجمع إليها سهم الرقبة لتلفها ثم أقسم الكسب عليها، وهو مائتان يخرج قسط السهم خمسين درهماً، فيعتق منه بقدرها، وهو نصفه يملك وارثه به نصف كسبه ويملك ورثة سيده نصف كسبه، ويرق نصفه، وهو مثلا ما أعتق من نصفه.

ولو كان كسب مائة درهم عتق ثلثه، وبابه أن جعل له برقبته سهماً لعتقه وبكسبه سهماً لورثته، ولورثة سيده سهمين، وتجمع بين سهم ورثته وسهمي ورثة سيده، وهي ثلاثة، وتقسم ذلك عليها، وهو مائة يخرج قسط السهم ثلاثة وثلاثين درهماً وثلثاً، فيعتق منه بقدرها، وهو ثلثه يملك ورثته به ثلث كسبه، ويملك ورثة سيده ثلثي كسبه برق ثلثيه، وهو مثلا ما عتق من ثلثه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَيُّ الرَّقِيقِ أَرَدْتُ قِيْمَتُهُ لِعِتْقِهِ فَزَادَتْ قِيْمَتُهُ أَوْ نَقَصَتْ أَوْ مَاتَ فَإِنَّمَا قِيْمَتُهُ يَوْمَ وَقَعَ الْعِتْقُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح والكلام فيها مشتمل على ثلاثة فصول: **أحدها**: اعتبار قيمة من أعتقه في مرضه. **والثاني**: اعتبار قيمة من وصى بعتقه. **والثالث**: اعتبار قيمتها في حق ورثته.

فأما الفصل الأول: في اعتبار قيمة من أعتقه في مرضه، فمعتبرة بوقت عتقه لاستهلاكه له بعتقه.

وأما الفصل الثاني: في اعتبار قيمة من وصى بعتقه، فمعتبرة بوقت موته، ولا تعتبر بوقت وصيته، ولا بوقت عتق الورثة بعد موته؛ لاستحقاق عتقه بالموت، فاعتبرت بوقت الاستحقاق.

وأما الفصل الثالث: في اعتبار قيمته في حق ورثته، فمعتبرة بأقل قيمته من بعد موته، وإلى وقت قبض، لأن الزيادة بعد الموت تحدث على ملكهم، فلم تحتسب عليهم كالثمرة والنتاج، والنقصان قبل القبض تالف من التركة، فلم يحتسب عليهم كالميت والمغصوب، فلذلك كان محتسباً في حقهم بأقل قيمته.

فصل

فإذا تقرر هذا صحت أحكامه في ثلاثة فصول: **أحدها**: في القيمة إذا زادت. **والثاني**:

في القيمة إذا نقصت. **والثالث**: في الجمع بين العتق في المرض، والعتق بالوصية.

فأما الفصل الأول: في القيمة إذا زادت، فحكم الزيادة مثل حكم الكسب، فإذا أعتق عبداً قيمته مائة درهم لا مال له غيره، فزادت قيمته حتى بلغ مائتين، فالزيادة معتبرة بوقتها، فإن حدثت بعد موت السيد، فلا اعتبار بها في التركة، ولا يدخل بها دَوْرٌ في زيادة العتق، ويعتق ثلثه، ويرق ثلثاه.

وإن حدثت في حياة السيد كانت معتبرة في التركة، ودخل بها دور في زيادة العتق، وباب دوره في وصولك إلى مقدار عتقه أن تجعل له بعتقه سهماً، وله بفضل قيمته سهماً، وللورثة سهمين، واجْمَعْها، وهي أربعة، واقسم قيمة العبد عليها، وهي مائتان، يخرج قسط السهم خمسين فأعتق منه بها على قيمته، وقت العتق يعتق نصفه، ويرق نصفه، وقيمته وقت الموت مائة، وهو مِثْلَا ما عتق منه.

ولو ترك السيد مع العبد مائة جعلت للعتق سهماً، ولزيادة القيمة سهماً، وللورثة سهمين، وقسمت التركة، وهي ثلاثمائة على هذه السهام الأربعة، فيخرج قِسْطُ السهم خمسةً وسبعين، فأعتق منه بها ثلاثة أرباعه، ويرق ربعه، وقيمته خمسون يضمها الورثة إلى المائة، فيصير معهم مائة وخمسون مِثْلَا ما خرج بالعتق، ولو كانت قيمته مائة درهم، فزادت قيمته قبل موت سيده حتى بلغت ثلاثمائة جعلت له بعتقه سهماً، وبفضل قيمته خمسة أسهم، وجعلت للورثة سهمين، واقسم التركة، وهي ستمائة على هذه السهام، وهي ثمانية يخرج قُسط السهم خمسة وسبعين، فأعتق منه بها على قيمته وقت العتق ثلاثة أرباعه، وترق ربعه، وقيمته وقت الموت مائة وخمسون، وهو مثلا ما خرج بالعتق.

ولو زادت قيمته مائة، وكسب مائة جعلت له بالعتق سهماً، وبفضل القيمة سهماً، وبالكسب سهماً، وللورثة سهمين، تصير خمسة أسهم، فاقسم التركة عليها، وهي أربعمائة يخرج قسط السهم ثمانين، فأعتق منه بها أربعة أخماسه، ويملك بها أربعة أخماس كسبه ثمانين، ويرق للورثة خُمُسُهُ، وقيمته أربعون، ويملكون خُمس كسبه، وهو عشرون، فإذا ضم المائة المتروكة صار معهم مائة وستون، وهي مثلا ما خرج بالعتق.

فصل

وأما الفصل الثاني: في القيمة إذا نقصت، فيدخل بنقصانها دور على العتق يزيد به الرق كما دخل بزيادتها دور على الرق زاد به العتق.

فإذا أَعْتَقَ في مرضه عبداً قيمته مائة، فنقصت قيمته قبل قبض الورثة حتى صارت

خمسين، جعلت للعتق سهماً، وللورثة سهمين، وقد عادت القيمة إلى نصفها، فأنقص من سهم العتق نِصْفه يبقى سَهْمَانِ ونصف، فأقسم التركة عليها، وهي خمسون يخرج قسط نصف السهم خمسها، فأعتق خُمسه، وقيمته وقت العتق عشرون، واسترق للورثة أربعة أخماسه، وقيمته وقت الموت أربعون، وهو مثلا ما خرج بالعتق.

وفيه وجه آخر لبعض أصحابنا أنه لا يحتسب على العبد نقصان قيمته، كما لم يحتسب على الورثة، ويعتق ثلثه ويرق ثلثاه، وهذا ليس بصحيح، لأنه لما احتسب له زيادة قيمته حتى زاد في دور عتقه، وجب أن يحتسب عليه نقصانها ليزيد في دور رقه. ولو كانت قيمته خمسمائة، فنقصت حتى صارت مائتين، جعلت له بالعتق سهماً، وللورثة سهمين، وقد عاد عليه من نقصان القيمة ثلاثة أخماسها، فأنقصها من سهم عتقه، يبقى له خُمُسَا سهم، فأقسم القيمة على سهمين وخُمْسِين، يكن الخمسان منها السدس، لأن مبسوطها اثنا عشر خمساً، ويقر سهم العتق، فأعتق سدسه، وقيمة السدس من الخُمُسَيْنِ مائة وثلثه مائة وثلاثة وثلاثون وثلث، ويرق الورثة خمسة أسداسه، وقيمتها من المائتين مائة وستة وستون وثلثان، مثلا ما خرج بالعتق.

ولو كانت قيمته وقت عتقه ستمائة، فنقصت حتى صارت ثلاثمائة وكسب العبد ثلاثمائة فأجبر نقصان القيمة بزيادة الكسب، وأعتق ثلثه، وقيمته من الستمائة، مائتان يملك به ثلث كسبه مائة فيرق ثلثاه للورثة، وقيمته من الثلاثمائة مائتان، ولهم به ثلثا كسبه مائتان، يصير معهم أربعمائة وهي مثلا ما خرج بالعتق.

ولو كانت قيمته ستمائة، فنقصت حتى صارت أربعمائة وكان على السيد دين مائة، فأُضْمِمَ الدَّين إلى نقصان القيمة، يصير الباقي منها ثلاثمائة فأجعل للعتق سهماً، وللورثة سهمين، وأُنْقِصُ من سهم العتق نصفه يعود النقصان إلى نصفه، يبقى سهمان ونصف يكون نصف سهم العتق منها خُمسها، فأعتق منه خُمسه، وقيمته من الستمائة مائة وعشرون، وأقضي المائة الدَّين من قيمته، وهي أربعمائة يبقى ثلاثمائة للورثة بأربعة أخماسه مائتان وأربعون، وهي مثلا ما خرج بالعتق.

فصل

وأما الفصل الثالث: في الجمع بين العتق في المرض والوصية بالعتق، وهما جميعاً من الثلث لكن عتق المرض مقدم على عتق الوصية، فإذا أعتق عبداً في مرضه، ووصى بعتق آخر بعد موته، فهو على أربعة أضرب:

أحدها: أن يُعَيِّنَ العبد المعتق في المرض، والعبد المعتق بالوصية، فيقول: هذا العبد

حر، وأعتقوا هذا العبد الآخر بعد موتي، فللثلث أربعة أحوال: **أحدها**: أن يحتمل قيمته العبدين، فيتحرر به عتق المرض، وعتق الوصية. **والحال الثانية**: أن يحتمل الثلث قيمة أحدهما دون الآخر، فيتحرر به عتق المرض، ورد عتق الوصية. **والحال الثالثة**: أن يحتمل الثلث قيمة أحدهما، وبعض الآخر فيتحرر به عتق المرض كاملاً، ويعتق من عبد الوصية بقدر الباقي من الثلث، ويرق باقيه. **والحال الرابعة**: أن يحتمل الثلث بعض أحدهما، ويعجز عن الباقي، فيتحرر به من عتق المرض، قدر ما احتمله الثلث، ويرق باقيه، وجميع الآخر.

والضرب الثاني: أن يبهم عتق المرض وعتق الوصية في عبيده، ولا يعينهما، فيقول في مرضه: أحد عبيدي حر، وأعتقوا أحدهم بعد موتي، فإنهما مبهمان، فوجب التعيين، وفيما يَتَعَيَّنَانِ به قولان:

أحدهما: يتعينان ببيان الورثة، فيرجع إلى بيانهم من غير قرعة، لأنهم يقومون مقامه بعد موته، فإذا عينوهما من بين العبيد صار كتعيين السيد، فيكون على ما مضى من الأحوال الأربعة.

والقول الثاني: أنه يرجع في تعيينها إلى القرعة دون الورثة، وهو أصح لأمرين:

أحدهما: أنها أبعد من التهمة. **والثاني**: لتعذر علم الورثة بإرادة السيد.

فيبدأ بالقرعة بعتق المرض فإن استوعب الثلث بطل عتق الوصية، وإن بقي من الثلث بقية أقرع لعتق الوصية، فإن احتمل بقية الثلث جميع قيمته عتق، وإن عجز عتق منه بقدر ما احتمله الباقي، ورق باقيه.

والضرب الثالث: أن يعين عتق المرض، ويبهم عتق الوصية، فيقول: هذا العبد حر، وأعتقوا آخر بعد موتي، فينظر في عتق المرض. فإن استوعب الثلث بطل عتق الوصية، ولم يُحْتَجْ إلى بيانه، وإن بقي من الثلث بقية صرفت في عتق الوصية، فاحتج إلى بيانه، فيرجع إلى بيان الورثة في أحد القولين، وإلى القرعة في القول الثاني.

والضرب الرابع: أن يعين عتق الوصية، ويبهم عتق المرض فيقول: أحد عبيدي حر، وأعتقوا هذا بعد موتي، فلا تمضي الوصية بعتق المعيَّن حتى يتعين في أحدهم عتق المرض، فيرجع في تعيينه إلى بيان الورثة في أحد القولين، وإلى القرعة في القول الثاني ثم يعتبران في الثلث، ويكونان فيه على الأحوال الأربعة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ وَقَعَتِ الْقُرْعَةُ لِمَيِّتٍ عَلِمْنَا أَنَّهُ كَانَ حُرًّا».

قال الماوردي: وأصل هذا أن العتق في المرض يقع قبل الموت، والعتق في الوصية يقع بعد الموت، وملك الورثة يستقر باليد والقبض بعد الموت، فإذا أعتق ثلاثة عبيد لا مال له غيرهم أو وصى بعتقهم ثم مات أحدهم قبل أن يتعين فيه عتق أو رق لم يخل موته من أحوال:

أحدها: أن يموت في حياة السيد، فلا يخلو العتق من أن يكون عتق وصية أو عتق مرض، فإن كان عتق وصية لم يقع عليه قرعة في عتق، ولا رق؛ لأن عتق الوصية بعد الموت، وقد مات قبله على ملك سيده، ويصير العبدان الباقيان هما التركة، فيجتمع فيهما عتق الوصية، وحق الورثة، فيقرع بينهما لعتق الوصية، ويعتق بها ثلثا من قرع ويرق للورثة باقيه، وجميع الآخر. وإن كان عتق مرض أدخل الميت في قرعة العتق، وعند مالك: لا يدخل في قرعة العتق، لأنه يرى أن عتقه واقع بالقرعة دون اللفظ، ونحن نرى وقوع عتقه باللفظ، ودخول القرعة للتمييز، وقد مضى الكلام معه. وإذا أوجب دخوله في القرعة لم يخل أن تقع عليه قرعة العتق أو قرعة الرق.

فإن وقعت عليه قرعة العتق بَانَ بها أنه مات حراً استوفى السيد بعتقه ما استحقه من ثلثه، ورق الآخران للورثة، ولم يؤثر موته في نقصان التركة، وإن وقعت عليه قرعة الرق لم يحتسب به على الورثة لموته قبل استحقاقهم، وصارت التركة هي العبدان الباقيان والعتق واقع فيهما، ويستأنف الإقراع بينهما، ويعتق ثلثا من قرع منهما، ويرق للورثة باقيه، وجميع الآخر.

فصل

والحال الثانية: أن يموت بعد موت السيد، وبعد قبض الورثة دخل في قرعة العتق، وقرعة الرق، ويستوي فيه عتق المرض وعتق الوصية، لأن عتق الوصية مستحق بالموت، وإن تأخر عنه، والقرعة مميزة لمن كان عتقه مستحقاً إذا صار الورثة إلى مِثْلَيْهِ، ويستوي فيه عتق المرض وعتق الوصية، فإن وقعت عليه قرعة العتق بَانَ أنه مات حراً، ورق الآخران للورثة، وإن وقعت قرعة العتق على أحد الباقيين عتق، ورق الآخر مع الميت، وبَانَ أنه مات على ملك الورثة، فإن كان عتق مرض لم يحتج من وقعت عليه قرعة العتق إلى تلفظ الورثة بعتقه، لتقدمه من المعتق، وإن كان عتق وصية، ففي احتياج عتقه إلى تلفظ الورثة بعتقه وجهان:

أحدهما: أنه يحتاج إلى تلفظ الورثة، لأن العتق لا يتحرر إلا بلفظ ولم يوجد من الموصي، فاعتبر من الورثة.

والوجه الثاني: لا يحتاج عتقه إلى لفظ الورثة، لأن القرعة مميزة لعتق قد وقع، ولفظ السيد بعتقه في الوصية هو الموجب لعتقه فأقنع.

فصل

والحال الثالثة: أن يموت بعد موت السيد، وقبل قبض الورثة، نظر حال عتقه.

فإن كان عتق مرض دخل في قرعة العتق، ولم يدخل في قرعة الرق، فإن وقعت عليه قرعة العتق بَانَ أنه مات حراً، ورق الآخران للورثة وإن وقعت عليه قرعة الرق بَانَ أنه مات عبداً لا يحتسب به على الورثة، واستؤنفت القرعة بين الباقيين، وعتق بها ثلثا من قرع، ورق للورثة باقيه، وجميع الآخر.

وإن كان عتقه وصية، فلا يدخل في قرعة الرق، وفي دخوله في قرعة العتق وجهان: **أحدهما**: لا يدخل فيها، لأن تنفيذ الوصية يلزم بعد قبض الورثة لمثليها، فعلى هذا يكون خارجاً من جملة التركة في العتق والميراث، ويقرع لعتق الوصية بين الباقيين، ويعتق من القارع ثلثاه، ويرق للورثة ثلثه، وجميع الآخر. **والوجه الثاني**: أنه يدخل في قرعة العتق وإن لم يدخل في قرعة الرق لاستحقاق عتقه بالموت، فإن وقعت عليه قرعة العتق بَانَ أنه مات حراً، ورق الآخران للورثة، وإن وقعت عليه قرعة الرق خرج من التركة، وبَانَ أنه مات عبداً غير محسوب على الورثة. وأعتق من الآخرين ثُلُثا أحدهما بالقرعة.

فصل

ولو أعتق عبداً في مرضه قيمته مائة درهم، لا مال له غيره، فكسب العبد ثلاثمائة درهم، ومات قبل سيده، فإن لم يخلف وارثاً غير سيده مات حراً، لأن سيده قد ورث كسبه بالولاء، فخرج عتقه من ثلثه، وإن خلف ابناً، وحكم له بالميراث دخل في عتقه دَوْرٌ، فَرُقَّ له بعضه، وذلك بأن نجعل للعبد بالعتق سهماً وللكسب ثلاثة أسهم، وللورثة سهمين يكون جميعها ستة أسهم، فأسقط سهم العتق بموته بخروجه من التركة، يبقى خمسة أسهم، فأقسم عليها الكسب، لأنه قد صار هو التركة، يخرج قسط السهم منها ستين وأعتق منه بقدرها، فيعتق بها ثلاثة أخماسه، ويرق خمساه، وورث ابنه ثلاثة أخماس كسبه، ولم يحتسب على ورثة السيد بخمسي رقه لموته، وورثوا خمسي كسبه، وذلك مائة وعشرون درهماً، وهو مثلا ما عتق منه.

فصل

ولو أعتق عبداً في مرضه قيمته مائة درهم، وكسب العبد في حياة سيده ثلاثمائة درهم

واقترض السيد منه مائة درهم استهلكها ثم مات السيد، وترك مائة درهم قيل: للعبد إن أبرأت سيدك من قرضك عتق جميعك، لأنه قد ترك مثلي قيمتك، وإن لم تبرئه دخل في عتقك دَوْرٌ رُقَّ به بعضك، فتجعل بالعتق سهماً، وبالكسب ثلاثة أسهم، وللورثة سهمين تصير ستة أسهم، والتركة بعد مائة القرض خمسمائة، فأقسمها على السهام الستة يخرج قسط السهم ثلاثة وثمانين درهماً وثلثاً، فأعتق منه بقدرها، فعتق بها خمسة أسداسه، ويملك خمسة أسداس كسبه، ويأخذ مائة قرضه من التركة، ويرق للورثة سدسه، وقيمته ستة عشر درهماً وثلثان، ويملكون به سدس كسبه، وهو خمسون درهماً يضمونها إلى المائة الباقية من تركته تُجْمَعُ معهم مائة وستة وستون درهماً وثلثان، وهو مثلا ما عتق منه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِي اللَّهُ عَنْهُ: «أَوْ لأَمَةٍ فَوَلَدَتْ عَلِمْنَا أَنَّهَا حُرَّةٌ وَوَلَدُهَا وَلَدُ حُرَّةٍ لَا أَنَّ القُرْعَةَ أَحْدَثَتْ لأَحَدٍ مِنْهُمْ عِتْقاً يَوْمَ وَقَعَتْ إِنَّمَا وَجَبَ الْعِتْقُ حِيْنَ المَوْتِ بِالْقُرْعَةِ».

قال الماوردي: وصورتها: أن يعتق في مرضه أمةً، فتلد ولداً، فهذا على ثلاثة أضرب: **أحدها**: أن يعتقها في جملةِ عبيد، ويخرج عليها سهم العتق، فولدها يجري مجرى كسبها، وهو حر بحريتها. **والضرب الثاني**: أن يعتقها في جملة عبيد، ويخرج عليها سهم الرق، فولدها يجري مجرى كسبها، وهو مرقوق برقها. **والضرب الثالث**: أن يعتقها وحدها، وليس له مال غيرها، فهذا على أربعة أضرب:

أحدها: أن يكون الحمل حادثاً بعد عتقها، ومولوداً قبل موت سيدها، فيكون في حكم الكسب المحض يعتق منه بقدر ما عتق منها، ويرق منه بقدر ما رق منها، ويدخل به دور يزيد في عتقها.

فإذا كانت قيمة الأم مائة درهم قبل الولادة وبعدها، وقيمة الولد مائة درهم بعد ولادته عتق نصفها، وعتق من ولدها نصفه، تبعاً لعتقها، ورق للورثة نصفها ونصف ولدها، وقيمة النصفين مائة درهم، هي مثلا ما عتق من نصفها، ولا يتكمل العتق بالقرعة في أحدهما، لأنه عتق تلك الأم بمباشرة السيد، فترك العتق في كل واحد منهما على انفراده.

والضرب الثاني: أن يكون الحمل موجوداً وقت عتقها، ومولوداً قبل موت سيدها، ففيه قولان من اختلاف قوليه في الحمل، هل له من الثمن قسط أم لا؟

فإن قيل: لا قسط له من الثمن، وهو تبع كان كالحادث بعد عتقه، فيكون على ما مضى من كونه جارياً مجرى كسبها، ويعتق منه بقدر عتقها، ويرق منه بقدر رقها، ويدخل به دور يزيد في عتقها.

وإن قيل: إن للحمل قسطاً من الثمن كان الحمل مباشراً بالعتق مثل أمه، ويعتق من كل واحد منهما ثلثه، ولا يدخل دور في زيادة عتقها، وهل يقر عتق الثلث من كل واحد منهما أو يكمل بالقرعة من أحدهما؟ على وجهين مُحْتملَين: **أحدهما**: يكمل عتق الثلثين في أحدهما بالقرعة كما لو كان ذلك في عبدين. **والوجه الثاني**: يقر عتق الثلث من كل واحد منهما، ولا يكمل في أحدهما، لأنه في حكم البائع لها.

والضرب الثالث: أن يكون الحمل حادثاً بعد عتقها، ومولوداً بعد موت سيدها، فلا يجري عليه حكم عتق المباشرة، لحدوثه بعد العتق.

وهل يكون لهما كسباً أو تبعاً؟ على قولين: إن قيل: للحمل قسط من الثمن كان كسباً لها اعتباراً بعلوقه فيدخل به دور في زيادة عتقها، ويكون رقه للورثة ميراثاً، فيعتق منها إذا كانت قيمة كل واحد منهما مائة درهم نِصْفُها، ويتبعها نصف ولدها تبعاً لها، ويرق للورثة نصفها، ونصف ولدها. وهو مثلا ما عتق منها.

وإن قيل: ليس للحمل قسط من البيع، وهو تبع اعتباراً بولادته، خرج من التركة، ولم يدخل به دَوْرٌ في زيادة العتق، وعتق ثلثها، وعتق ثلث ولدها تبعاً، لأنه من كسبها، ويكون لها ولاء ما عتق من ولدها، ولسيدها ولاء ما عتق منها على القولين معاً، ورق ثلثاها للورثة ميراثاً، ورق ثلثا ولدها للورثة ملكاً، ولا يكمل العتق بالقرعة في أحدهما، ويترك في كل واحد منهما على انفراده، لأنه عتق من كسبها، ولم يعتق على سيدها.

والضرب الرابع: أن يكون الحمل موجوداً وقت عتقها، ومولوداً بعد موت سيدها، فلا يكون الولد كسباً لها، وفيمن تكون كسباً له قولان:

أحدهما: تكون كسباً للسيد، إذا قيل: للحمل قسط من الثمن يضاف إلى تركته، ويدخل به دور يزيد في العتق، ويجريه في عمل الدور مجرى الكسب، لتماثل العتق فيهما، ولا يتفاضل، لأنه لا يجوز أن تلد بحريتها مملوكاً، ولا برقها حُرًّا فيعتق نصفها ونصف ولدها، ويعتبر ما عتق منها في ثلث السيد، ولا يعتق فيه ما عتق من ولدها، لأنه عتق عليه بالسراية من غير اختياره، فصار كالتالف من تركته، ويكون ولاء ما عتق من الولد لسيده دون أمه، ويرق للورثة نصفها ونصف ولدها ميراثاً، وهو مثلا ما عتق منها.

والقول الثاني: يكون كسباً للأم والورثة بقدر الحرية والرق، ولا تزيد به التركة، ولا يدخل به دور في زيادة العتق، فيعتق ثلثها، وتَبِعَها في الحرية ثلث ولدها، لأنه من كسبها، ويكون ولاءُ مَا عُتِق منه لها دون سيدها، ويرق للورثة ثلثاها ميراثاً، وثلثا ولدها كسباً.

فصل

وإذا أعتق السيد في مرضه أمةً، وتزوجها ووطئها، ثم مات عنها، ففي نكاحه وجهان: **أحدهما**: باطل، لأن حالها مترددة بين أن يعتق من ثلثه، فيصح نكاحها، وبين أن ترق بالدَّين، فيبطل نكاحها، ومن هذه حالها لا يصح نكاحها، لأن النكاح الموقوف باطل. **والوجه الثاني**: وهو قول أبي العباس بن سريج. أن النكاح ينعقد، وعقده موقوف على خروجها من ثلثه، أو إجازة ورثته لعتقه لا لنكاحهما، فإن خرجت من الثلث أو أجاز الورثة العتق صح النكاح، ولم ترث به، لأن عتقها وصية تبطل بالميراث، وإن لم يخرج من الثلث، ولك يجز الورثة العتق بطل النكاح، واتفق حكم الوجهين مع بطلانه، وفي وطئه لها وجهان:

أحدهما: يكون هدراً لا تستحق به مهراً، لتردد حالها بين أن تستحقه بعتقها أو يسقط برقها.

والوجه الثاني: يكون المهر منه مستحقاً اعتباراً بظاهر العتق، وفيه إذا كان مستحقاً وجهان حكاهما ابن سريج: **أحدهما**: يكون من رأس المال اعتباراً بمهور الأحرار. **والوجه الثاني**: أنه يكون من الثلث اعتباراً بعتقها أنه من الثلث.

فإذا استقر هذا لم يخل حالها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تتسع التركة لقيمتها ومهرها، فينفذ عتقها، وتستحق به جميع مهرها.

والقسم الثاني: أن يتسع لقيمتها، ويضيق عن مهرها، فيكون نفوذ عتقها في جميعها موقوفاً على إبرائها من مهرها، فإن أبرأت منه بعد العتق في جميعها، وإن طالبت به دخل به دور يبطل به من عتقها. بقدر ما تستحقه بحريتها على ما سنذكره.

والقسم الثالث: أن تضيق التركة عن قيمتها ومهرها، بأن لا يكون له مال غيرها.

مثاله: أن تكون قيمتها ثلاثمائة درهم، ومهر مثلها مائة درهم، فإن جعلنا المهر من رأس المال جعلت لهما بالعتق سهماً، وبالمهر ثلث سهم، وجعلت للورثة سهمين تكون ثلاثة أسهم وثلثاً، فأبسطها من جنس الكسر تصر عشرة أسهم، فأعتق منها بسهم العتق، وهو ثلثه فيعتق بها ثلاثة أعشارها، ويبع منها بسهم المهر عشرها يكون هو بقدر ثلاثة أعشار مهرها، ويرق للورثة ستة أعشارها، وهو مثلا ما عتق منها.

وإن جعل المهر من الثلث جعلت ثلثها، وقيمته مائة درهم، مقسوماً بين العتق والمهر على أربعة أسهم، يكون قسط السهم خمسة وعشرين درهماً، فأعتق منها بسهام العتق، وهي

ثلاثة أسهم قدرها خمسة وسبعون درهماً، فعتق بها ربعها، وبيع منها بسهم المهر وهو خمسة وعشرون درهماً بقية ثلثها، وقدره نصف السدس، وهو ربع مهرها، فقد استكمل بها ثلثها، وقيمته مائة درهم، ورق للورثة ثلثاها، وقيمته مائتا درهم، وهو مثلا ما خرج بالعتق والمهر.

فصل

ولو أعتقت امرأة عبداً لها في مرضها، وقيمته مائتا درهم، فتزوجت به على صداق مثلها، وهو مائة درهم، ففي نكاحها له وجهان كالرجل إذا أعتق في مرضه أمة، وتزوجها: **أحدهما**: أن نكاحها باطل، ولا شيء عليه إن لم يدخل بها، وينفرد بحكم العتق، ولا يكون للنكاح تأثير. **والوجه الثاني**: وهو قول أبي العباس بن سريج النكاح موقوف على خروج قيمتها من ثلثها أو إجازة ورثتها لعتقه، فيصح النكاحُ أَوْ لا، فيبطل.

فإن صح النكاح بكمال عتقه لم يرثها، لأن عتقها وصية يمنع الميراث منها، وإن بطل النكاح على الوجهين، وقد دخل بها، ولم يترك مالاً سواه دخل الدور في زيادة تركتها بالصداق المستحق عليه في التركة، وقيمته مائتا درهم، وما وجب عليه بعتقه من المائة الصداق، وباب دوره إذا كان واجداً لما يؤديه في الصداق من كسب ملكه عُقَيْبَ الموت أن تجعل له بالعتق سهماً، وعليه بالصداق نصف سهم، وتجعل للورثة سهمين تكون سهمين ونصفاً، وأقسم التركة عليها، وهي مائتا درهم، يخرج قسط السهم منها ثمانين درهماً، وأَعْتَق منه بالسهم خُمسَيه، لأن النصف الذي من الصداق يستوفَى منه، ويرق للورثة ثلاثة أخماسه، وقيمته مائة وعشرون درهماً، ويؤخذ منه خمسا الصداق أربعين درهماً. يصير مع الورثة مائة وستون درهماً، وهو مثلا ما عتق منه.

وإنما سلكت هذه الطريقة وعدلت عن حساب الجبر، لأنه ربما خفي على من لم يأنس به من الفقهاء. وبالله التوفيق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ فِي مَرَضِهِ سَالِمٌ حُرٌّ، وَغَانِمٌ حَرٌّ وَزِيَادٌ حُرٌّ ثُمَّ مَاتَ فَإِنَّهُ يُبْدَأُ بِالأَوَّلِ فَالأَوَّلُ مَا احْتَمِلَ الثلُثُ لأَنَّهُ عِتْقُ بتَاتٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح: عتق المريض وعطاياه معتبرة من ثلثه في حقوق الورثة، ومن جميع ماله في حقوق نفسه، فإن صح من مرضه غلب فيها حق نفسه، فلزم جميعها، ولم يكن له أن يرجع في شيء منها، وإن استوعبت جميع ماله.

وإن مات من مرضه غلب فيها حقوق الورثة، فردت إلى الثلث، وكان لهم رد ما زاد

على الثلث إن لم يجيزوه، فإذا جمع في مرضه الذي مات فيه بين عتق وعطايا، وعجز الثلث عن جميعها قدم من ثلثه ما قدمه في حياته من عتق أو عطية، فإن قدم العتق، واستوعب به جميع الثلث أُبطِلَت عطاياه في حقوق الورثة. وإن قدم العطايا، واستوعب بها الثلث أبطل بها العتق تغليباً لحكم أسبقها، عتقاً كان أو عطية. وقال أبو حنيفة: إن كان في العطايا محاباة في عقد معاوضة قدمت على جميع العتق. والعطايا، وإن تأخرت، وإن لم يكن فيها محاباة قُدِّمَ الأسبق، فالأسبق من العطايا أو العتق، فخالف في المحاباة، ووافق فيما سواها، احتجاجاً بأن المحاباة معاوضة فكان حكمها أقوى وألزم من غيرها.

ودليلنا: هو أن ما تقدم اتخاذه، ووجب أن يقدم تنفيذه، كما لو كان كل العطايا محاباة أو كلها غير محاباة، وليس لاحتجاجه بأن المحاباة معاوضة وجه، لأن المعاوضة تختص بما ليس فيه محاباة، ولذلك لزم، ولم تسقط، والمحاباة عطيةٌ محضة، ولذلك سقطت ولم تلزم.

فصل

فإذا استقر هذا الأصل في تقديم الأول فالأول، فبدأ بالعتق، فقال: سالم حُرٌّ، وغانم حر، وزياد حر، ثم وهب وحابى قَدَّمْنَا ما بدأ به من عتق سالم، فإن استوعب الثلث أبطلنا عتق غانم وزياد من غير قرعة، سواء أعتقهم بلفظ متصل أو بألفاظ منفصلة، وسواء قرب ما بينهم أو بعد، تعليلاً بالتقدم، فاستوى فيه القريب والبعيد. ولو اتسع الثلث بعد عتق سالم لعتق غيره أعتقنا بعده غانماً، لأنه الثاني بعد الأول، فإن استوعب الثلث أبطلنا عتق زياد. وإن اتسع الثلث بعد سالم وغانم لعتق ثالث أعتقنا زياداً، فإن استوعب الثلث أبطلنا ما بعدهم من الهبات والمحاباة. وإن اتسع الثلث بعد عتقهم لهباته أو محاباته قدَّمْنَا في بقية ثلثه ما قدمه من هبة أو محاباة حتى يستوعب جميع الثلث، ويبطل ما عجز عنه الثلث، فلو اتسع الثلث لعبد وبَعْضِ آخَرَ، وضاق عما سواه عتق جميع العبد الأول وبعض الثاني، وأبطل ما عداه من عتق وعطية.

ولو قال في مرضه: سالم وغانم وزياد أحرار، كانوا في العتق سواء، لا يقدم فيه من قدم اسمه، لأنه أعتقهم بلفظة واحدة بعد تقدم أسمائهم، فلم يتقدم عتق بعضهم على بعض وفي قوله: سالم حر وغانم حر وزياد حر، تقدم عتق بعضهم على بعض، فافترق الأمران.

ووجب إذا عجز الثلث عن عتقهم أن يقرع بينهم، وعتق بالقرعة من استوعب الثلث، ورق من عداه.

فصل

فلو أعتق في مرضه عبدين بلفظة واحدة، وليس له مال غيرهما، وقيمة أحدهما مائة درهم، وقيمة الآخر مائتان، وكسب كل واحد منهما مثل قيمته أقرع بينهما بعد موته، ويدخل بالكسب دَوْرٌ في زيادة العتق، فنجعل للعتق سهماً، وللكسب سهماً، وللورثة سهمين تكون أربعة أسهم، وتقسم التركة عليها وهي ستمائة منها ثلاثمائة قيمتها، وثلاث مائة كسبها، يخرج قسط السهم مائة وخمسين درهماً، وهو سهم العتق، فيعتق منها بقدره.

فإن وقعت قرعة العتق على من قيمته مائتا درهم عتق ثلاثة أرباعه، وملك ثلاثة أرباع كسبه، ورق ربعه بخمسين درهماً، وملك الورثة ربع كسبه خمسين درهماً، ورق لهم جميع الآخر، وقيمته مائة درهم، وملكوا به جميع كسبه، وهو مائة درهم، صار ثلاثمائة درهم، وهي مثلا ما خرج في العتق. وإن وقعت قرعة العتق على الذي قيمته مائة درهم عتق جميعه، وربع الآخر لاستكمال الثلث، وملك الأول جميع كسبه، وملك الثاني ربع كسبه، ورق للورثة ثلاثة أرباع الثاني، وقيمة ذلك مائة وخمسون درهماً، وملكوا به ثلاثة أرباع كسبه مائة وخمسين درهماً، صار لهم بالرق والكسب ثلاثمائة درهم هي مثلا ما خرج بالعتق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَأَمَّا كُلُّ مَا كَانَ لِلْمُوصِي أَنْ يَرْجِعَ فِيْهِ مِنْ تَدْبِيرٍ وَغَيْرِهِ فَكُلُّهُ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وهذه المسألة مصورة في الوصايا بالعتق والعطايا بعد الموت، وتنقسم ثلاثة أقسام: **أحدها**: أن تشتمل على العتق وحده. **والثاني**: أن تشتمل على العطايا وحدها. **والثالث**: أن يجتمع فيها العتق والعطايا.

فأما القسم الأول: في اشتمالها على العتق وحده، فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون كله عتقاً، فيقول: اعتقوا عني سالماً، ثم يقول: اعتقوا عني غانماً، ثم يقول: اعتقوا عني زياداً، فكلهم في الوصية بعتقهم سواء لا يقدم فيهم من قُدِّمَ الوصية به، بخلاف عتقه الناجز في مرضه الذي تقدم فيه مَنْ قَدَّمَه.

والفرق بينهما: أن العتق بالوصايا مستحق بالموت الذي يتساوون فيه، وفي المرض مستحق باللفظ الذي يقدمون به، فلذلك قدم في المرض عتق الأول، ولم يقدم في الوصية عتق الأول، وأقرع بينهم إن عجز الثلث عنهم، وأكسابُ جميعهم قبل الموت تركةٌ.

والضرب الثاني: أن يكون كل عتقه تدبيراً، فيقول: إذا مت، فسالم حر، ثم يقول إذا

مت، فغانم حر، ثم يقول: إذا مت، فزياد حر، ففيه وجهان: **أحدهما**: أنهم يتقدمون في الثلث على ترتيب من قدم، فيعتق الأول إن استوعب الثلث، ورق الثاني والثالث. ولو اتسع الثلث لاثنين عتق الأول والثاني، ورق الثالث اعتباراً بالعتق في المرض، ولا تستعمل فيهم القرعة، لأنه عتق ناجز بالموت لا يقف على الورثة. **والوجه الثاني**: وَهُوَ المَذْهَبُ: أنهم سواء لا يتقدمون على الترتيب لوقوع ذلك بالموت الذي يتماثلون فيه.

فإن عجز الثلث عنهم، ولم يتسع لجميعهم ففيه وجهان: **أحدهما**: وهو المذهب: أنه يقرع بينهم، ويعتق منهم من احتمله الثلث، ويسترق من عجز عنه. **والوجه الثاني**: أنه يعتق من كل واحد منهم قدر ما احتمله الثلث، ويسترق باقيه، ولا يقرع بينهم في تكميل الحرية.

فإن احتمل الثلث نصف قيمتهم عتق من كل واحد نصفه، ورق نصفه، وإن احتمل الثلث ربع قيمتهم عتق من كل واحد ربعه، ورق ثلاثة أرباعه اعتباراً بالوصايا، والأول أصح لفرق ما بين العتق والوصايا.

والضرب الثالث: أن يكون عتقه مشتملاً على وصية بالعتق، وعلى تدبير يتحرر بالموت، ففيه قولان:

أحدهما: يقدم التدبير على العتق، لتقدم نفوذه بالموت، فإن استغرق الثلث بطل به عتق الوصية.

والقول الثاني: وهو الظاهر من المذهب: أنهما سواء، لأن عتق جميعهم مستحق بالموت، فإن ضاق الثلث عن جميعهم أقرع بينهم، وفي القرعة وجهان: **أحدهما**: يفرد كل فريق، ويقرع بين عتق التدبير، وعتق الوصية، فإذا وقعت قرعة العتق على أحدهما، وقد استوعب الثلث عتق ورق الفريق والآخر وصيةً كان أو تدبيراً. **والوجه الثاني**: يجمع في القرعة بين الفريقين واستوعب بالثلث من وقعت القرعة عليه من كل واحد من الفريقين، ورق من عداه من الفريقين.

فصل

وأما القسم الثاني: في اشتمال الوصية على العطايا دون العتق، فجميع أهلها يتحاصون في الثلث إذا ضاق عنها، يستوي فيه من تقدمت الوصية له ومن تأخرت، وسواء كان هبة أو محاباة، وأحسب أبا حنيفة يوافق على هذا، ويستهمون في الثلث على قدر وصاياهم إذا اختلفت مقاديرها، فإن رد بعضهم الوصية توفرت على الباقين في زيادة حقوقهم، ولم يقدم بعضهم بالقرعة على بعض بخلاف العتق الموجب لتكميله بالقرعة في بعضهم، لما قدمنا من الفرق بينهما.

ولهذا الفصل أحكام قد تقدم ذكرها في الوصايا، وما حدث من نتاج ماشية أو ثمار نخيل أو كسب عبيد قبل موت الموصي تركة يتسع لها الثلث في تنفيذ الوصايا، وما حدث بعد موته للورثة لا يتسع لها الثلث في حقوق أهل الوصايا. وأما في قضاء الديون منها إذا ضاقت التركة عنها، ففيه وجهان: **أحدهما**: وهو مذهب الشافعي: لا تقضى منها الديون كما لم تنفذ منها الوصايا. **والوجه الثاني**: وهو قول أبي سعيد الإصطخري: تقضى منها الديون، وإن لم تنفذ منها الوصايا لحدوثها عن التركة المستحقة في الديون بخلاف الوصايا، لأن للورثة شركة في الوصايا بالثلثين، وليس لهم شركة في الدين.

فصل

وأما القسم الثالث: من اشتمال الوصية على العتق والعطايا إذا ضاق الثلث عنهما، ففيه قولان: **أحدهما**: يقدم العتق على الوصايا، لدخوله في حقوق الله تعالى، وقوته بالسراية. **والقول الثاني**: أنهما سواء لاعتبارهما من الثلث واستحقاقهما بالموت فيقسط الثلث عليهما بالحصص، فما حصل للعتق أقرع بينهم فيه، وما حصل للعطايا اشتركوا فيه، ولم يقرعوا، فلو اجتمع مع العطايا عتق وتدبير، ففيه ثلاثة أقاويل:

أحدها: يقدم التدبير عند ضيق الثلث عن العتق والعطايا لانتجازه بالموت، فإن فضل عن التدبير صرف في العتق دون الوصايا.

والقول الثاني: يشترك بين التدبير والعتق، ويقدمان على العطايا.

والقول الثالث: أن كل ذلك سواء، ويقسط الثلث على الجميع بالحصص، ثم يكون الإقراع في سهم العتق والتدبير على ما ذكرنا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ وَصِيَّةً وَهُوَ الثُّلُثُ وَشَهِدَ وَارِثَانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْداً غَيْرَ وَصِيَّةٍ وَهُوَ الثُّلُثُ أَعْتَقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ (قَالَ الْمُزَنِيُّ) إِذَا أَجَازَ الشَّهَادَتَيْنِ فَقَدْ ثَبَتَ عِتْقُ عَبْدَيْنِ وَهُمَا ثُلُثَا الْمَيِّتِ فَمَعْنَاهُ أَنْ يُقْرِعَ بَيْنَهُمَا».

قال الماوردي: قد مضت هذه المسألة وسنذكر ما نتج فيها من زيادة.

فإذا شهد أجنبيان أنه وصى بعتق عبده سالم، وقيمته الثلث، وشَهِدَ وارثان بأنه وصى بعتق عبده غانم، وقيمته الثلث لم يخل حال الوارثين من أن يكونا عدلين أو مجروحين، فإن كانا عدلين قبلت شهادتهما، لسلامتها من معاني الرد، وقد ثبت بالشهادتين عتق عبدين، وهما ثلثا الميت، فيقرع بينهما، ليكمل بالقرعة عتق أحدهما على ما ذكره المزني.

وإنما قال الشافعي: «أعتق من كل واحد منهما نصفه» إشارةً إلى أن الشهادة أوجبت أن يُعتق من كل واحد منهما نصفه، والشرع قد أوجب أن يكمل العتق في أحدهما بالقرعة، فإذا أقرع بينهما، ووقعت قرعة العتق على من شهد الوارثان بعتقه أمضى على هذا، ورق من شهد الأجنبيان بعتقه، وإن وقعت قرعة العتق على من شهد الأجنبيان بعتقه عتق، ونظر ما يقوله الوارثان في شهادة الأجنبيين، فإن صدقاهما رق لهما من شهدا بعتقه، وإن كذباهما لم يسترق من شهدا بعتقه إذا اتسع له ثلث الباقي.

وإن كان الوارثان مجروحين لم تقبل شهادتهما، وأعتق من شهد الأجنبيان بعتقه، ونظر قول الوارثين في شهادة الأجنبيين، فإن صدقاهما رق لهما من شهدا بعتقه، ويكون التأثير في رد شهادتهما إبطال القرعة. وإن كذباهما لزمهما أن يعتقا ممن شهدا بعتقه قدر ما احتمله الثلث بعد خروج الأول من التركة، ويسترقا منه ما عجز عنه الثلث.

ولو شهد الأجنبيان بعتق سالم في المرض، وشهد الوارثان بعتق غانم وصية بعد الموت، وليس بينهما تكاذب عتق سالم، ورق غانم، لأن عتق المرض مقدم على عتق الوصية، وكان للوارثين أن يسترقا من شهدا بعتقه في الوصية لعجز الثلث عنه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ لِعَشَرَةِ أَعْبُدٍ لَهُ أَحَدُكُمْ حُرٌّ سَأَلْنَا الْوَرَثَةَ فَإِنْ قَالُوا لَا نَعْلَمُ أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ وَأُعْتِقَ أَحَدُهُمْ كَانَ أَقَلَّهُمْ أَوْ أَكْثَرَهُمْ».

قال الماوردي: وإطلاق قوله: لعِشرة أعبد له، أحدكم حر، ولم يُسَمِّه ينقسم قسمين:

أحدهما: أن يقصد بإطلاقه تعيين العتق في أحدهم، فهو الحر من بينهم، ويرجع إليه في بيانه منهم، فإن بينه، فقال: هو سالم عتق، وكان بيانه خبراً، ورق من سواه.

فلو قال: هو سالم أو غانم رق من سواهما، وأخذ ببيان من أراده منهما. ولو قال: هو سالم لا بل غانم عتقا معاً، لأنه صار راجعاً عن سالم، ومقراً بغانم فلزمه إقراره، ولم يقبل رجوعه، ورق من عدا سالماً وغانماً من عبيده، فإن أكذبه أحدهم، وادعى أنه هو المعين بالعتق أحلف له السيد، وكان على رقه، وإن نكل السيد ردت اليمين على العبد، فإذا حلف عتق، فإن فات بيان السيد حتى مات رجع بعده إلى بيان ورثته إن كان عندهم بيان، وقام بيانهم مقام بيانه، لأنهم في ماله بمثابته، وإن لم يكن عند الورثة بيان، فمذهب الشافعي أنه يقرع بينهم، ويعتق من قرع منهم، ويسترق باقيهم، لأن القرعة موضوعة لتمييز الحرية من الرق. وذهب أصحابه إلى المنع من القرعة، وتوقفهم على بيان قاطع، لأن دخول القرعة يفضي إلى رق من أعتقه، وعتق من أرقه، وهذا فاسد، لأن البيان فائت،

ووقوف أمرهم مضر بالحر في حق نفسه، ومضر بالأرقاء في حقوق الورثة، فلم ينتف الضرر في الجهتين إلا بالقرعة.

فصل

والقسم الثاني: أن يبهم العتق فيهم، ولا يقصد تعيينه في أحدهم، فيؤخذ بتعيينه، ويكون في التعيين على خياره، فإذا عينه فيأحدهم عتق، ورق من سواه، وساء كان أكثرهم قيمة أو أقلهم، فلو ادعى غيره التعيين لم تسمع دعواه، لأنه في هذا التعيين مخبر وليس بمخير، فلو قال عند التعيين: هو سالم لا بل غانم عتق سالم دون غانم بخلافه في القسم الأول، لأن هذا تخيير في تعيين عتق قد لزم، فإذا عينه في الأول سقط خياره في الثاني، وليس كذلك حكمه في القسم الأول، لأنه إخبار لا خيار له فيه، فلم يسقط حكم خبره في واحد منهما، فإن فات تعيينه للعتق بموته، فقد اختلف أصحابنا: هل يقوم ورثته مقامه في التعيين؟ على وجهين: **أحدهما**: يقومون مقامه فيه، ولهم أن يعينوا ما أبهمه من العتق فيمن أرادوا، لأنهم يقومون مقامه في حقوق الأموال. **والوجه الثاني**: لا حق لهم في تعيين ما أبهمه، لأن تعيين المبهم موقوف على خيار المعتق بحسب غرضه، وهذا معدوم في ورثته، فعلى هذا يعدل إلى تعيينه بالقرعة، ويعتق منهم من قرع.

فصل

وإذا أعتق في مرضه عبداً قيمته مائة درهم وترك مائتي درهم ديناً أو غائبة لم يعجل عتق جميعه، وإن كان خارجاً من ثلث التركة لو نضت لجواز أن يقوى الدَّين أو تتلف الغائبة، وعجل عتق ثلثه، ووقف ثلثاه متردداً بين العتق إن نضت والرق إن تلفت، وملك ثلث كسبه المستحق بعتقه.

فأما ثلثا كسبه المستحق بالموقوف عنه، فله أن ينفق منه على نفسه ثلثي نفقته، وفي الباقي منه وجهان: **أحدهما**: يكون موقوفاً معه، فإن عتق باقيه كان له، وإن رق كان للورثة، لأن كسبه نفع له. **والوجه الثاني**: أنه يكون للورثة لئلا يمتنعوا من الانتفاع بالوقف، فعلى هذا إن رق باقيه استقر ملكهم على ما أخذوه من كسبه، لاستقرار ملكهم على رقه، وإن عتق باقيه، ففي وجوب رده عليه وجهان: **أحدهما**: يرده الورثة عليه، لأن كسب الحر لا يملك عليه. **والوجه الثاني**: لا يلزمهم رده عليه، لأن حكم الرق في حال الوقف أغلب من حكم الحرية، فإن نَضَّ من الدَّين أو الغائب مائة، وبقيت مائة عتق منه ثلث آخر، وكان حكمه كحكم الثلث الأول، وكان ثلثه موقوفاً على نض ما بقي، ويمنع الورثة من بيع ما وقف منه، ومن رهنه، لأن الرهن موضوع للبيع.

فأما إجارته، فإذا راضاهم العبد عليها جاز، وإن منعهم منها، ففيها وجهان بناءً على اختلاف الوجهين في كسبه: هل يكون موقوفاً أو لورثته.

أحدهما: يمنعون منها إذا جعل كسبه موقوفاً.

والوجه الثاني: يمكنون منها إذا جعل كسبه لهم، فإن أعتقه الورثة ما وقف منه لم يعتق، وإن ملكوه، لأنه موقوف على عتق موروثهم، فلم ينفذ فيه عتق غيره إلا بعد إبطال عتقه، ولو دَبَّرُوهُ كان في تدبيرهم وجهان: **أحدهما**: باطل كالعتق. **والثاني**: جائز لتأخير العتق به، وتغليب حكم الرق عليه، والله أعلم بالصواب.

بَابُ من يَعتق عليهِ بالمِلك[1]

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ومن ملكَ أحدَ آبائِهِ أوأمهاتِهِ أو أجدادِهِ أو جداتِهِ.

الفَصْلَ

جُملةُ هذا أن مذهبَ الشافعي رضي الله عنهُ أن كُلَّ من كَانَ من عَمود الولادةِ مثل الآباءِ والأجدادِ والأمهات والجداتِ والبنينَ والبنات وأولادهم، وإن سَفلُوا يعتقون عليهِ بالمِلك، وَلا يعتق غير هؤلاءِ، ويستَحب لمن يشتَريه حَتى يعتق، وَلا يجب ذلك، قالَ في «الأم»: ومن عَتقَ عليه منهم فله ولاءُهُ سواءَ كانَ الذي بملكه فيعتق عليهِ مُسلماً أو كافراً صغيراً أو كبيراً معتوهاً أو عاقلاً، وقالَ داود: لا يعتَقُ عليهِ بحالٍ فإنهُ إذا ملكَ والده يؤخَذُ بعتقه، واحتج بما رُوي أن النبيَّ ﷺ قال: «لن يجزي والدٌ ولده إلا أن يجدَهُ مملوكاً فيشتريهِ فيعتقهُ»[2] فلوكانَ يعتقَ بنفس الملكِ لما قالَ فيعتقُهُ.

ودليلُنَا قولهُ سُبحانَهُ وتعالى: ﴿وَقَالُواْ اتَّخَذَ الرَّحْمَٰنُ وَلَدًا سُبْحَانَهُ بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ﴾ [الأنبياء: ٢٦] فأخبَرَ أنه لا يجتمع الولادة والعبودية. ورَوى الحَسنُ عن سَمرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قالَ: «من مَلكَ ذا رحمٍ محرمٍ، فهو حرٌّ»[3]. ورُوي عن ابن عمرَ رضي الله عَنهما

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/ ٧١).

(٢) أخرجه مسلم في العتق، باب فضل عتق الولد (١٥١٠)، والترمذي في البر والصلة عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في حق الوالدين (١٩٠٦)، وأبو داود في الأدب، باب في بر الوالدين (٥١٣٧)، وابن ماجه في الأدب، باب بر الوالدين (٣٦٥٩).

(٣) أخرجه الترمذي في الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء فيمن ملك ذا رحم محرم (١٣٦٥)، وأبو داود في العتق، باب فيمن ملك ذا رحم محرم (٣٩٤٩)، وابن ماجه في الأحكام، باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر (٢٥٢٤).

أن النبيَّ ﷺ قالَ: «من مَلكَ ذات رحم محرمٍ فهو عتيقٌ حين يملكه»(١). وأيضاً فالولدُ حرٌ من الأبِ لقولِهِ تعالى: ﴿يخرج من بين الصُلبِ [١/أ] والترائب﴾ [الطارق: ٧]، والترائبُ: قيل في التفسير: يخرج من صُلب الرجل وترقوة المرأةِ، وقيل: من عظامِ صَدرِ المرأةِ. وقال النبي ﷺ: «فاطمةُ بضعَةٌ مني يريبني ما يريبها»(٢).

وكلُ من ملك نفسَهُ عتَقَ فكذلك إذا ملكَ ولدَهُ. وأما خبرهم قلنا قوله، فيعتقه معناهُ فيعتق عليهِ فعبر عن العتق بالإعتاقِ لأنه بسبب شراءهُ، وقالَ مالك: لا يعتق عليه الوالدان والمولودون والأجدادُ والجدات والأخوة والأخوات فقط. وقال أبو حنيفةُ: يعتق عليهِ كل ذي رحم مَحرمٍ بالنسب من العمات والخالات والأخوالِ وأولادِ الأخوةَ والأخواتِ، وبه قالَ جابرٌ بن زيد وعطاءٌ والشعبيُّ والزهريُّ والحكم وحماد والثوريُّ وأحمدُ وإسحاق، واحتج بالخبر الذي ذكرنا، ورويَ عن عمرَ رضي الله عنهُ أنه قال: من ملكَ ذا رحمٍ محرمٍ، فهو حرٌ ومثله عن الحسنِ البصريِّ.

وروي عن ابن مَسعودٍ رضي الله عنهُ أن ابن الأخ يعتق على العمِّ. ودليلُنا أن كل قريبٍ جاز للمكاتبِ بيعَه لا يعتق على الحرِّ إذا مَلكهُ كابن العم وأمَّا الخبرُ، قلنا: يخصّهُ بالوالدين والمولودين بدليل ما ذكرَ.

فَرْعٌ

إذا عتق عبد ملكه فبماذا يعتق وجهان: أحدهما، يعتقُ بالسَبب الذي ملكه به بابتياع كان العقدُ موجباً للملكِ والعتقِ فعلى هذا يسقط فيهِ خيار البائع والمشتري ويجري مجرى قوله للبَائع: أعتق عبدكَ عني بألفٍ فأعتق. والثاني، أنه يعتق بعد استقرار العَقدِ الذي ملكه به ليكونَ بالعقد مالكاً، وبالملكِ معتقاً لأن العقدَ الوَاجب [١/ب] لا يجوز أن يكونَ مُوجباً لإثبات الملكِ، ولإزالتهِ في حالةٍ واحدةٍ فعلى هذا يُثبت فيه خِيار المجلسِ في حق البائع وفي ثبوتهِ في حق المشتري وجهان، بناءً على أنه يملكُ بالعقد أو بانقضاءِ الخِيار، فإن قلنا: يملك بالعقدِ فلا خِيار له، فإن اختار البائع الفسخ انتقض به العتق، وإن اختارَ الإمضاء، استقرّ العتق، وإن قلنا: يملك بانقضاءِ الخيار فله الخيارُ وله الفسخُ ما لم يختر البائع

(١) أخرج نحوه ابن عبد البري التمهيد (٢/ ٣٠٣).

(٢) أخرجه البخاري في النكاح، باب ذب الرجل عن ابنته في الغيرة والإنصاف (٥٢٣٠)، ومسلم في فضائل الصحابة، باب فضائل فاطمة بنت النبي ﷺ (٢٤٤٩)، والترمذي في المناقب عن رسول الله ﷺ، باب في فضل فاطمة بنت محمد ﷺ (٣٨٦٧).

الإمضاءَ فإن اختارَ البائعُ الإمضاءَ سقط خيارُ المشتري فكان إمضاءُ البائع قطعاً لخيارهِ وخيار المشتري.

فَرعٌ آخر

لو وهب لَهُ من يعتق عليهِ، فإن قلنا: الهبة توجب المكافأة لم يلزمه قبولها، وإن قلنا: لا توجب المكافأة، فهل يلزمهُ قبولها وجهان: أحدُهما، يلزمه ليعتقَ بهِ من هو مأخوذٌ بحقهِ وعلى هذا لو قالَ لعبده: أنتَ حرٌ إن شئتَ يلزمهُ أن يشاءَ ليعتق، والثاني، لا يلزمهُ لما يتعلقُ عليهِ بالقبولِ من حقوقٍ لا تجب عليهِ قبل القبولِ، فعلى هذا لو قالَ لعبدهِ: أنتَ حُر إن شئتَ يلزمهُ أن يشاءَ.

فَرْعٌ آخر

لو أوصى له بمن يعتق عليهِ فليسَ في قبول الوصيةِ مكافأةٌ. وفي وجوب قبولها وجهان، ذكره في الحاوي.

مَسألةٌ: قال: وإن ملكَ شقصاً من أحدٍ منهم بغير الميراثِ قومَ عليهِ ما بقي.

الفَصْل

إذا ملكَ جزءاً من أبيهِ عتق عَليهِ ثم لا يخلوُ، إمَّا أن يكونَ معسراً أو موسراً، فإن كانَ مُعسراً لا يقومُ عليه لأنه يزاد لإزالة الضرر، فلا يلحق الضررُ بالغير، وإن كانَ موسراً لا يخلو إمَّا أن يملكَ باختيارهِ أو بغير اختيارهِ، فإن كانَ باختيارهِ كقبولهِ الهبة، والابتياع [٢/أ]، أو القَبول عندَ الوصية لهُ بهِ يقوم عليهِ كمَا لو باشَر عتقَهُ لأن الضمانَ لا يجبُ بالسبب وهذا الشراء سَبب العتق، فإن قيل: هلا قلتم يقوم عليهِ إذا كانَ بغير عوضٍ كالموهوبِ منه، إذا ملكَ الشقصَ بغيرِ عوضٍ ليس للشفيعِ أخذُه. قلنا: لأنه يؤدي هناكَ إلى إلحاقِ الضَرر بالمتملكِ، وها هنا لا يؤدي إلى إلحاق الضرر بالشريكِ المالك، وهو اختيار العتق حين قبل ذلكَ الملك المؤدى إلى الغير فقومنا عليه، فإن كان بغير اختياره ولا يتصور ذلكَ إلا في الميراث بأن سيرثه لا يقوم عليه لأنه دخل في ملكه بغير اختيارهِ فأشبهَ إذا أوصى بعتق جزءٍ من عبده، فمات أعتق ذلك الجزء عنهُ، ولا يقوم عليه الباقي.

فَرْعٌ

لو لم يختر تملكه ولكنه باشر فعلاً تضمن ذلكَ الفعل اجتلاباً للملكِ، ففي تقويم الباقي عليه وجهان، مثل أن يملك المكاتب بعض من يعتق على سَيدهِ، ثم عجزَهُ السيدُ فعتق

عليهِ ذلكَ الشخص، هل يقومُ عليه الباقي أم لا؟ وكذلك لو ملكَ ابن عمهِ فباعَهُ بثوبٍ وماتَ فورثَهُ عمه فوجد العمُّ بذلك الثوب عيباً فردَهُ، فعاد إليهِ بعض ابنه فعتق عليه ففي التقويم وَجهان فإن رَدّ عليه بالعيب لم يقوم الباقي وجهاً واحداً. وكذلك لو أوصى لرجلٍ ببعض ابنه فمات الموصي، ثم مات الموصى له قَبل القبول وورثه عمهُ فقبل الوصية عتق عليه ما أوصى له من ابنهِ، وفي تقويم الباقي الوجهان.

مَسْئلةٌ: قال: وإن وهَب لصبيٍ مَنْ يعتقُ عليهِ.

الفَصْلَ

المولى عليه إذا وهِب منه أبوه لا يخلُو [٢/ب]، إمَّا أن يكونَ مُعسراً أو موسراً، فإن كانَ مُعسراً يجبُ عليهِ قبوله لأنه إذا كانِ حُراً يكون أجمل له من أن يكونَ عَبداً، ولأنه ربما ينتفعُ به بأن يكون مكتسباً، فيصيرُ الكسب موسراً، فينفق عليهِ. وإن كانَ موسراً ينظرُ فيه فإن كانَ صحيحاً مكتسباً يجب عليه قبوله لأن لا يستضرُ بذلك، وإن كان زمناً لا يجبُ عليه قبوله لأنه يستضرّ به لوجوب النفقةِ. ولا يجوز لهذا المعنى، وإن كان صحيحاً غيرُ مكتسبٍ فهل يجبُ قبولُهُ هو مبنيٌّ على القولين في وجوب النفقةِ عليهِ، فإن قلنا: تجبُ نفقَة الصَّحيح غير المكتسب على الابن لا يجوز قبوله لأنه يستضرُّ به، وإن قلنا: لا تجبُ النفقة يجب قبولهُ وهكذا إذا أوصى له بهذا الأب. وقالَ في الحاوي: إذا كانَ موسراً والابن زمن غيرُ مكتسبٍ بل يلزمه قبولُهُ فيهِ وجهان: أحدهما، ما ذكرنا، والثاني يلزمهُ قبوله لأنه يَستفيد بالقبولِ عتق أبيه، واستحقاق الولاءِ عليهِ، وهذا غريبٌ، وإن وهب له أو أوصى له ببعضِ من يعتق عليهِ، فإن كانَ مُعسراً لا مال له سِواهُ كانَ على الوصي أن يقبل لأنه لا يستضر به من أجل أنه لا يقوم عليه الباقي والمقبول يعتق على الصبي وحدهُ. وإن كانَ الصبي موسراً لم يجز للوصي القبولُ مخافةَ السراية في مالِ الصبي لأنه موسرٌ، فإن قبلهُ فمردودٌ. نصّ عليهِ في كتاب العتق من «الأم»، ونقله المزني.

وقال في كتاب الوصايا: يعتق ما ملكَ على الصبي ويقبل الوصي ذلكَ لأنَ في قبولهِ منفعة ويقف العتق على المقدارِ المقبولِ، ولاَ يَسري إلى الباقي، وإن كانَ الصبي مُوسراً [٣/أ] لأن في السراية ضرراً عليهِ والشرعُ أمر بدفع الضَرر عنه فلم يتعلق ذلك بقبولهِ ولأنه يدخلُ في ملكه بغيرِ اختياره، فلا يقومُ عليه. وهذا إذا كانَ الأبُ كسوباً، فإن كانَ زمناً غير كسوب لا يقبل الضرر على ما ذكرنا، وكل موضع، قلنا: يقبلهُ الوصي فلم يقبله قبلَهُ الحاكمُ، أو نصب من يقبله، فإن لم يفعل وتركهُ، فإذَا بلغ الصبيُّ كانَ له قبولهُ.

فَرْعٌ

لو باعَ عبداً من أبيهِ وأجنبيّ صفقةً واحدة بعتق نصيب أبيه ويسري إلى نصيب شريكه ويجبُ عليهِ قيمته إذا كانَ موسراً. وقالَ أبو حنيفةَ: لاَ يضمنُ لشريكه لأن ملكه لا يتم إلا بقبول شريكه فصار كأنه أذن له في إعتاقِ نصيبه، وهذا لا يصحّ لأنه عتق عليهِ نصيبهُ بملكه باختياره فيقومُ عليه الباقي مع يساره كما لو انفردَ بشرائهُ. وأمَّا ما ذكره فلاَ يصحُّ لأنه لا نسلم أنه لا يصح قبوله إلا بقبول شريكه ولا نسلم أنه إذا أذنَ لهُ في إعتاقِ نصيبه يسقط ضمان نصيبه.

فَرْعٌ آخرُ

لو مَلكَ المحجورُ عليه بالسفهِ نصف أبيه بهبَةٍ أو وصيةٍ يعتق عليه وفي تقويم باقيه عليهِ إذا كانَ موسراً به وجهان: أحدهما، لا يقومُ عليه لأنه بالحجرِ كالمُعسرِ، والثاني يقوم عليهِ لاستحقاقهِ بالشرع كالنفقاتِ.

فرعٌ آخرُ

لو اشترى نصف أبيهِ ولم يعلم يقوم عليهِ البَاقي لأن التقويم معتبرٌ باختيار الملكِ لا باختيار العتقِ.

فَرْعٌ آخرُ

غنمَ أبوه وهو أحدُ شركاءِ غانميه، فإن لم يكن في الغنيمةِ غير أبيهِ فقد [٣/ب] تعين حقه فيهِ، فإن باشر غنيمتَهُ عتق عليهِ سهمُه منهُ، وقوّم عليهِ باقيهِ لأنه قد ملكه باختيارهِ، وإن غنمه شُركاؤهُ ولم يباشر غنيمتهُ عتقَ عليهِ سهمُه منهُ، ولم يقوم عليهِ باقيه لأنه ملكه بغيرِ اختياره.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ لمن لا يولد لمثله: هو ابني لم يعتق عليه، وبه قال أحمدُ، قالَ أبو حنيفةَ: يعتق ولا يثبتُ نسبُه لأنه اعترفَ بما يثبتُ به حريتَه، فأشبه إذا أقر بحريته ودليلُنا أنا إذا تحققنا كذبه فيما أخبرَ به، فلم يثبت ما تضمنَهُ، كما لو قالَ: أعتقتك منذ ألف سنةٍ وهكذا الخلاف إذا قال لعبده، وهو أكبر سناً منهُ، أنتَ ابني.

فَرْعٌ آخرُ

إذا ولدتَ المزنيّ بها ولداً وملكه الزاني لم يعتق عليهِ، وقالَ أبو حنيفة: يعتق عليه لأنه مخلوقٌ من ماءه في الظاهر، ودليلنا أنها ولادة لا يتعلق بها ثبوت النسب، فلا يتعلق

بها وجُوب الإعتاق كما لو أتت بهِ لأكثر من أربع سنين من حين الزنا.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم» إذا قالَ لعبده أو لأمتهِ: أنت طالقٌ لو ملكتكَ نفسكَ أو أزلت ملكي عنكَ أو ملكت على نفسك، وأراد العتق عتقَ، وقالَ أبو حنيفة: لا يقع الإعتاق بلفظ الطلاق. قال: ولو أعتقه بصفةٍ أو شرطٍ لم ينفذ إلا بما أوقعهُ، ولو أعتقَهُ على شرطين، أو على صفتين أو أكثر لم يعتق إلا بكمالِ الشرطين أو الصفتين.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ لعبدِهِ: أنتَ حرٌ على مائة دينارٍ وخدمةِ سَنةٍ، فقبلَ العبدُ العتق على ذلكَ كان حراً، وكان عليه ما شرطهُ [٤/أ] سَيدهُ، فإن مات قبلَ أن يخدمَ رجع المولى بقيمةِ العبد عليهِ في مالهِ إن كانَ لهُ.

فَرْعٌ آخرُ

لو أعتق عبداً على أن يخدمه بعد العتق مدةً معلومةً اتفقا عليهِ ورضيا به جاز خلافاً لبعضِ العلماءِ، ويجعل عتقه ناجزاً وعليه الخدمة. وروي أن عمرَ رضي الله عنهُ أعتق عبيداً من بيت المالِ وشرط عليهم أن يحفروا القبور فكانوا على ذلكَ، وروي أنه أعتق عبيداً وشرط عليهم أن يخدمُوا الخليفةَ بعدَهُ ثلاث سنين. وقال سفينة: أعتقتني أم سلمةَ رضي الله عنها وشرطت عليّ أن أخدمَ رسول الله ﷺ ما عشتُ، قلت: إن لم تشترطي علي ما فارقت رسول الله ﷺ[١]. وكان ابن سيرين يثبت الشرط في مثل هذا، وسئل أحمد عنه فقال: يشتري هذه الخدمة من صاحبه الذي اشترط له، قيل له: يشتري بالدراهم، قال: نعم.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ: أنت حرٌ وعليك مائة دينار أو خدمة سنةٍ أو أنت حر ثم عليك مائة دينار عتقَ في الحالين معاً ولم يلزمه شيءٌ. قال: وإن . . . أعتق عليه لم يقع العتاق قبلَهُ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ لعبد لا يملكه: إن اشتريتك فأنت حرٌ لوجهِ اللّهِ تعالى، أو قال لأمةِ رجلٍ: إن

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب من أعتق عبداً واشترط خدمته (٢٥٢٦)، بلفظ: «أعتقتني أم سلمة واشترطت علي أن أخدم النبي ﷺ ما عاش» وأحمد في مسنده (٢١٤٢٠).

اشتريتك ووطئتكِ فأنت حرةٌ، فاشتراها ووطئها لم تعتق.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ لعبدهِ إن دخلتَ الدار، فأنت حرٌ فباعَهُ ثم دخل الدار لم يعتق، فإن لم يدخل الدار حتى ابتاعه لم يعتق في قوله الجديد، وفي أحد قوليه القديم وقد تقدم الكَلامُ فيه.

فَرْعٌ آخرُ

قال بعض أصحابنا بخراسان: لو اشترى المديون [٤/ب] من يعتق عليه في مرضهِ فيهِ وجهان: أحدهما، لا يصح الشراء، وبه قال ابن سُريج، والثاني، يصحُّ الشراء ولا يعتق عليه بل يباعُ عليه في دينهِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو وهب من المديون من يعتق عليه يترتب على الشراء، فإن قلنا: يصحّ الشراء، فالهبة أولى، فيباع عليه، وإن قلنا: لا يصحّ الشراء، ففي الهبةِ وجهان: أحدهما، يصح ويعتق عليه بخلاف الشراء لأن ها هنا لم يخرج بإزائه شيئاً، وفي البيع إخراجُ الثمن.

فَرْعٌ آخرُ

لو قال: إن بعتكَ فأنتَ حرٌ، فباعه بيعاً فاسداً لا يعتق خلافاً للمزني، وهذا لأن مطلق البيع الصحيحُ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ لعبديهِ: أحدَكما حرٌ فقتلا طولبَ بالبيان. وقالَ أبو حنيفة: انقطعَ البيانُ ووفقنا فيه إذا أفقىء عينيهما، أو قطع أيديهما أنه يطالبُ بالبيان.

فَرْعٌ آخرُ

إعتاقُ الحربي ينفذ عندنا وله ولاءه إذا أسلما خلافاً لأبي حنيفة، وهذا لأنه ملكه ملكاً تاماً فينفذ فيه عتقه كالذمي.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ ابن الحداد: إذا كانت أمةٌ لرجل لها ابن موسرٌ . . . فتزوجها رجل فحملت منهُ ثم اشتراها ابنها وزوجها صفقة واحدةً، فإن نصيب الابن من أمهِ يعتق عليهِ ويَسري إلى نصيب

الزوج ويعتق عليه، ونصيب الزوج من الحمل يعتق عليه ببنوتهِ، ونصيبُ الابن من الحملِ يعتق ولاَ يجب لأحدهما على الآخر من قيمةِ الحملِ شيءٌ لأنه عتق عليهما في حالةٍ واحدةٍ، قال: فلو كانت المسألة بحالها، ولكن مالك الجارية . . . لهما بها فقبلا الوصيةَ نظر فإن كانا قبلاها في حالةٍ واحدةٍ، فالحكم [٥/أ] في ذلك على ما ذكرنا فيهِ إذا اشتراهَا، فإن قَبِلَ أحدهما دُونَ الآخرِ بنَى ذلكَ على القولين متى يملك الموصى له، فإن قلنا: يتبين بالقبول أنه ملكَ بالموتِ فالحكم فيهِ على ما ذكرنا فيه إذا قبلا دفعةً واحدةً، وإن قلنا أنه يملكُ بالقبولِ من حين القبولِ، فإن قبل الزوج أولاً عتق عليه حصته من الحمل وَيسري إلى الباقي ووجب عليه قيمة الباقي إذاكانَ موسراً، فإن قبل الابن عتق عليه حصتهُ من الأم وسرى إلى الباقي، ويقوم عليه ويتقاصّان ويرد من عليه الفضل وإن قبل الابنُ أولاً عتق عليه حصتهُ من الأم وتبعها حصتهُ من الولدِ وسرى العتق إلى الباقي من الأم والولد، ووجبت عليه قيمتهما.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: إذا كان لرجلٍ نصفان من عبدين وقيمة العبدين سواءٌ ولا مالَ له سواهما فأعتق أحدهما في صحةٍ نفذ العتق وسَري إلى نصيب شريكه لأنه يملك بقدره، وهو النصف الآخر، فإن أعتق النصفَ الآخر من العبد عتق أيضاً إن كانَ في صحتهِ ولم يسر إلى نصيب شريكه لأنه معسرٌ ولا يمنع ثبوت قيمة النصيب الذي سرى إليه عتقه في ذمته من نفوذ عتقه في نصيب الآخر لأنهُ لم يتعلق بعين مالهِ وإنما تعلق بذمتهِ، فإن أعتقه في مرضه المخوف لم ينفذ لأن الدين معلق بمالهِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ أيضاً: إذا شهد شاهدان أنه أعتق زيداً في مرضه وحكم الحاكم بشهادتهم ثم رجعا عن الشهادة وشهد آخران أنه أعتق عمراً وحكم بشهادتهما وقيمة كل واحدٍ منهما قدر الثلث ومات أقرع بين العبدين لأن رجوع الشهود بعد حكم الحاكم لا يبطله، فإن خرجت القرعةُ على الأولِ عتق ورد الثاني، ووجب على الشاهدين، قيمة الأول للورثة، وإن خرجت القرعةُ على الثاني عتق ورق الأول، ولا شيءَ على الشاهدين، وقال بعض أصحابنا: هذا لا يصح ويجب إذا خرجت القرعة على الأولِ أن يعتق الأول والثاني، وتجب قيمة الأول على الشاهدين لأن الورثة يصدقونَ الشاهدين في رجوعهما ولو كذبوهما لم يرجعوا عليهما بشيء، وإذا كان كذلك وجبَ أن يعتق الثاني بكل حالٍ، وإن اقتضت شهادتهما عتق الأول غرمنا قيمته وصار كأنه لم يعتق إلا الثلث وعلى ما قال ابن الحداد يحصلُ للورثةِ جميع التركةِ ويبطل عتق الثلث.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ أيضاً: لو شهد شاهدان على رجلٍ أنه أعتق شقصاً له من عبدٍ ثبت عتقه وسرى العتق إلى الباقي لأنه موسرٌ وغرم قيمتَهُ لشريكهِ ثم رجعا عن هذه الشهادة غرما قيمة النصيب الذي شهدا بعتقه دون قيمة نَصيب شريكهِ. وقال القاضي الطبريُّ: إنما كانَ كذلك لأنهما شهدا بعتق نصيبهِ وغرما قيمة نصيب شريكهِ والشهادة بالعتق توجب الضمان على الشاهدين فأمَّا الشهادةُ بالمالِ لا توجب الضمان على أحد القولين، إذا رجعا على الشهادةِ فأما على القول الآخر فيجب الضمان أيضاً. قال بعض أصحابنا في هذا نظر لأنهما لم يشهدا بالمال بل تضمّن ذلك شهادتهما وتضمن شهادتهما عتق نصيب الشريكِ، فإذا ألزمناهما ما تضمنته شهادتهما من المالِ وَجب أن يلزمها ما تضمنته من العتق فيكون الضمانُ عليهما قولاً واحداً.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ أيضاً: إذا كان عبدٌ بين شريكينِ، [٦/أ] فقال أحدهما: إن كانَ هذا الطائر غراباً فنصيبي حرٌ وقال الآخرُ: إن لم يكن غراباً فنصيبي حرٌ، وذهب ولم يعلما ما هو نظر، فإن كانا معسرين، فالعبدُ بحالهِ، وإن كانَ أحدُهما حانثاً لأنه لم يتعيّن فلا يزيل ملكُ أحد منهما، قال: فإن باعَ كل واحدٍ منهما نصيبَهُ من واحدٍ كانَ لهما أن يتصرفا فيهِ أيضاً، وإن باعاه جميعاً من واحدٍ عتقَ على المشتري نصفَهُ، لأنه قد تيقن أن نصفه حرٌ فلا يكون له أن يتصرفَ في جميعهِ وإن كانا مُوسرين، فإن قلنا: العتق يَسري باللفظ عتق جميعُه لأن كل واحدٍ منهما إن عتق شريكه يَسري إلى نصيبه لأنهُ يقول: شريكي حانث وَلا يجبُ لأحدهما على الآخر شيءٌ لأنه لا يقبل قوله عليهِ، وإن قلنا: إنه يَسري بأداءِ القيمةِ لم يعتق العبدُ ولكن لا يكون لكل واحدٍ منهما بيع نصيبهِ لأنه قد استحق عتقه، وهل ينفذ عتقه فيهِ وجهان مضيا، وإن كان أحدهما موسراً، والآخر مُعسراً عتق نصيب المعسر لأنه يعترفُ بأن شريكه الموسر حنثَ وإن عَتقَهُ سَرى إلى نصيبهِ، ولا يعتق نصيب المُوسر لأن شريكهُ معسرٌ وعتق المُعسر لا يَسري هذا إذا قلنا: يَسري باللفظ، وإن قلنا: يَسري بأداءِ القيمةِ لم يُحكم بنفوذِ العتق ولكن يمنعه من التصرفِ فيه على ما بيناهُ.

فَرْعٌ آخرُ

لو ابتاع في مرضه من يعتق عليه قد ذكرنا من قبل أن ثمنَهُ معتبرٌ من الثلثِ ولا يورث عند جمهور أصحابنا، وقالَ أبو الحسن ابن اللبان الفرضي: يورث لأن المعتبر من الثلث هو الثمن وهو حقُّ البائع [٦/ب] يخرج أن يكونَ وصيةً لهذا المعنى، وإن ضاقَ الثلث عن ثمنه

ولم يملك غيرَهُ فيه وجهان: أحدهما، يمضي البيع في جميعه ويعتق عليه ثلثه ويُرق ثلُثاه لورثتِهِ، فإن كان ورثته ممن يعتق عليهم عتق من ملكهم، ويكون لهم ولاءُ ثلثيه وللموروث ولاءُ ثلثِهِ، وإن كانوا ممن لا يعتق عليهم كان ثلثاهُ باقياً على رقهم، والثاني يمضي البيعُ في ثلثِهِ ويفسخ في ثلثيه إذا رضي البائع بتفريق الصفقة، فإن لم يرض ففي فسخهِ وجهان من الوجهين في عتقهِ، هل وقع بالعقد، أو بعد استقراره، فإن قلنا: وقع بالعقدِ لا يُفسَخُ، وإن قلنا: وقع بعد استقرار العقد، فله الفسخُ، فإن جوّزنا الفسخَ ففسخَ عاد رقيقاً إلى ملكِ البائع وعاد إلى الورثةِ كل الثمن، وإن قلنا: لا يفسَخُ أمضى البيع في ثلثِهِ وعتق على المشتري وفسخ البيع في ثلثيهِ ورد على بائعهِ واسترجعَ منه ثلثا الثمن ودفعَ إلى الورثةِ وإنما جعل لهما ثلثا الثمن ولم يجعل لهما ثلثا الرقبة لأنهم لا يملكون بالإرث إلا ما ملكه الموروث والموروث لا يجوز أن يستقر ملكه عليهِ فلم يستقر ملك ورثته عليهِ، فلذلكَ عدلنا عن توريث رقبته إلى توريث ثمنه، وإن كان ثلثاه مسترقاً في الحالين.

فَرْعٌ آخَرُ

لو اشترى أباهُ في مرضه بمائتي درهم وقيمته مائة درهم وترك مائةَ درهم فيهِ ثلاثة أوجه: أحدُها، يجعل العتق مستو في محل المعتق والمحاباة فالمعتق مائة والمحاباةُ مائة والتركةُ ثلثمائة فيعتقُ من الأبِ نصفه بمائةٍ نصفها محاباةٌ ونصفها عتقٌ. ويفسخُ البيعُ في نصفهِ بمائةٍ تدفعُ إلى ورثتهِ مَع المائةِ التي تركها [٧/أ] يَصيرُ مَعهم مائتا درهم هي مثلاً ما خرج بالعتق والمحاباة، والثاني تقدم المحاباةُ في الثلث على العتق لأنها أصلُ العتق وهي مستوعبةٌ للثلث ويُرق الأب للورثةِ إن كان ممن لا يعتق عليهم وقيمتُه مائةُ درهم تضم إلى المائةِ يصير معهم مائتا درهم وَهي مثلاً ما خرج بالمحاباةِ، والثالثُ: يُفسخ فيه البيع ويعاد إلى رق البائع حتى لا يورثُ عن غير مالكٍ وتسترجعُ الورثة جميع ثمنه ويبطلُ بذلكَ حكم البيع والمحاباة.

فَرْعٌ آخَرُ

إذا ملكَ ذوي رحمهِ من الرضاع لا يعتقُ، وبه قالَ جمهورُ العلماءِ. وقالَ شريكُ بن عبد اللّهِ القاضي: يعتق وهذا خطأٌ لأنه يفارق أهل الأنساب في الأحكامِ من الميراث والولاية وغيرهما.

كتاب الولاء[1]

قالَ: أخبرنا محمد بن الحَسنِ الخَبر.

الأصلُ في ثبوتِ الولاءِ للمعتق الكتابُ والسنَّةُ والإجماعُ، أمَّا الكتابُ، فقوله تعالى: **﴿ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند اللَّهِ فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم﴾** [الأحزاب: ٥]، الآية.

وأمَّا السنَّةُ: فما رويَ أن النبي ﷺ، قالَ: «الولاءُ لحمةٌ كلحمةِ النَّسبِ لا يُباعُ ولا يوهَبُ»[2]، ومعناه امتشاجاً كامتشاج النَّسبُ واختلاطاً كاختلاطه ولهذا قيل مولى القوم منهم، ولهذا لا تحل الصدقة لموالي بني هاشم، وأيضاً روى ابن عمرَ أن عائشةَ رضي الله عنهم أرادت أن تشتري [٧/ب] جاريةً فتعتقها، فقالَ أهلها: نبيعكهَا على أن ولاءها لنا فذكرت عائشةُ رضي الله عنها لرسول الله ﷺ، فقالَ: «لا يمنعك ذلكَ، فإن الولاءُ لمن أعتق»[3]، ومعنى لا يمنعك ذلكَ إبطال ما شرطوه من الولاءِ لغير المعتقِ، وأيضاً ما روى عروةُ: أن بريرة جاءت عائشة رضي الله عنها تستعينها في كتابتها ولم تكن قضت من كاتبها شيئاً، فقالت لها عائشةُ: ارجعي إلى أهلك، فإن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك ويكون ولاءك لي فعلت، فذكرت ذلكَ بريرة لأهلها، فأبوا، وقالوا: إن شاءَت أن تحسبَ عليك فلتفعل ويكون ولاءُكِ لنا، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال لها رسولُ الله ﷺ: «ابتاعي وأعتقي فإن الولاءَ لمن أعتق»، ثم قامَ رسولُ الله ﷺ، فقالَ: «ما بالُ أناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن شرَطَ مائة شرطٍ شرطُ الله

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/ ٧٨).

(٢) أخرجه الشافعي في مسنده (١/ ٣٣٨)، والبيهقي في الكبرى (١٢١٦١)، (٦/ ٢٤٠).

(٣) أخرجه البخاري في البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل (٢١٦٩)، ومسلم في العتق، باب إنما الوراء لمن أعتق (١٥٠٤)، والنسائي في البيوع، باب البيع يكون فيه الشرط الفاسد فيصح البيع ويبطل (٤٦٤٤).

(٤) أخرجه البخاري في العتق، باب ما يجوز من شروط المكاتب (٢٥٦١)، ومسلم في العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق (١٥٠٤)، والترمذي في الوصايا عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في الرجل يتصدق أو يعتق عند الموت (٢١٢٤).

أحق وأوثقُ»[١]. وروي أنها قالت: إن باعوني إياكِ صببتم لي صَباً على أن يكونَ الولاءُ لي الخبر الذي قالت، ثم قام رسُول اللّهِ ﷺ في الناس، فحمد الله وأثنى عليه ثمَّ قالَ: «ما بالُ رجالٍ يشترطونَ شروطاً ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطلٌ، وإن كانَ مائةَ شرطٍ قضاءُ الله أحقُّ وشرطُ الله أوثَقُ، وإنما الولاءُ لمن أعتق». فإن قيل: هذا الخبر لا يصح لأنه يؤدي إلى الغرور، والنبي ﷺ لا يأمرُ بالغُرور. وقد روي: ابتاعي واشترطي لهم الولاء، وهذا غرور ولأن فيه بيعُ المكاتب، وهذا لا يجوز [٨/أ].

وقد طعنَ فيهِ يحيى بن أكثم القاضي بمثل هذا قلنا: ليس فيه شيءٌ يشبه معنى الغرر والحلف وإنما فيه أن القومَ رغبوا في بيعها فأجازهُ النبي ﷺ وأذنَ لعائشةَ في إمضائهِ وكانوا جاهلين بحكم الدين في الولاءَ لا يكون إلا لمعتقٍ فطمعوا أن يكونَ الولاءُ لهم بلا عتقٍ فلما عقَدوا البيع وزال ملكهم إلى عائشة فأعتقتها صَارَ الولاءُ لها لأن الولاءَ من حقوق العتق، فلما تنازعوهُ قامَ رسول الله ﷺ، فبيّن أن الولاءَ في الشرع للمعتق،وقوله: اشترطي لهم الولاءَ لم يذكره أبو داودَ وإن صَحت فتأويلها: لا تبالي بما يقولونَ، فإن الولاءَ لا يكونُ إلا للمُعتق، وليس ذلك على أن يشترَطَ لهم ذلكَ قولاً بل لعل معنى لا تلتفتي إليه، فإنه لغوٌ من الكلامِ، وكانَ المزني يتأوّله، فيقول قوله: اشترطي لهم الولاءَ، أي اشترطي عليهم كما قال تعالى: ﴿أُوْلَٰٓئِكَ لَهُمُ ٱللَّعۡنَةُ﴾ [الرعد: ٢٥] أي عليهم.

وأمَّا قوله: بيعُ المكاتب لا يجوز ففي الخبر ما يدل على أنها كانت عجزت عن أداءِ نجومها ورضيت أن تباع وبيعُها يكون فسخاً للكتابة. وقولهُ: ما بالُ أقوامٍ يشترطون شُروطاً ليست في كتاب الله تعالى يُريدُ ليست على حكم الله تعالى، وعلى موجب قضاياهُ، ولم يرد به ليست في كتاب الله نصاً فإن أكثر الشروط الجائرة ليست في كتاب الله نصاً. وروي هذا الخبر، أنه قالَ: اشتريها وأعتقيها، فإن الولاءَ لمن أعطى الثمن.

وأمَّا الإجماعُ فلا خلاف بين المسلمين فيه.

واعلم أن الولاءَ يشتمل ثلاثة أحكام أحدُها: الميراث والثاني: تحمل العقل، والثالث: الولاية في عقد النكاح والصلاة على الميت، [٨/ب] وقد ذكرنا هذا فيما تقدم. واعلم أنه لا يجوز بيع الولاءِ وَهبته. وبه قال جمهور العلماءِ، وروي ذلكَ عن عمر وعليّ وابن مَسعود وابن عمرَ رضي الله عنهم. وقال عروة بن الزبير وسَعيد بن المسيب والأسود وعلقمة والشعبي والنخعي: يجوز بيع الولاءِ وهبتُهُ والوصيةُ به واحتجوا بما روي عن

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٦/ ٢٩٩)، وابن عبد البر في التمهيد (١٦/ ٣٣٤).

عمرو بن دينار أنه قالَ: وهبت ميمونة بنت الحارث زوج النبي ﷺ ولاءَ سليمان بن يسارٍ لابن عباسٍ رضي الله عنهما[1]، وكانَ مكاتباً لها وابن عباس ابن أختها، ودليلُنَا، ما روى ابن عمرَ رضي الله عنهما أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاءِ وهبته[2]. وقالَ محمد بن زياد كانت العربُ تبيع ولاءَ مواليها وتأخذ عليهِ المال وأنشدَ في ذلك:

فباعوهُ مملوكاً وباعوهُ معتقاً ... وليس له حتى المماتِ خلاصُ

فنهاهم عن ذلك وروي أنه ﷺ قالَ: «من تولى غير مواليه فقد خلعَ ربقة الإسلام من عنقه»[3]، وأمَّا ما رووه فلا يصح لأن الزهري أنكرهُ. وقال علي رضي الله عنه: «الولاءُ لحمةٌ كلحمة النسبِ لا يُباع ولا يوهبُ»[4]، أقروه حيث جعله الله. وقال ابن مَسعودٍ رضي الله عنهُ: الولاءُ نسب[5] أفيبيع الرجلُ نسبه.

مسألةٌ قالَ وفي قوله ﷺ: «إنما الولاءُ لمن أعتقَ»[6] دليلٌ على أنه لا ولاءَ إلا لمعتق.

وقد ذكرنا أنه لا ولاءَ إلاّ للمعتق وحكي عن عمر رضي الله عنه أنه قالَ: ولاءُ اللقيط للملتقطِ، وقال الحكم وحَمادُ: [٩/أ] يثبتُ الولاءُ لمن أسلم على يَديه، وله الرجوع فيه ما لم يعقل عنه، فإن عقل عنه أو عن صغار ولده لم يكن له أن يرجع فيه. وقال أبو يوسفَ: إن اقترنَ بِهِ موالاةٌ توارثا وإلا فلاَ يتوارثان، وقال عمر بن عبد العزيز وإسحاق والزهري: يرثه على الأحوال كُلها، واحتجوا بما رويَ أن تميماً الداريُّ رضي الله عنهُ قال: يا رسول الله، ما السنةُ فيمن أسلمَ على يدي رجلٍ، فقالَ: هو أحقُ بمحياه ومماتِهِ ودليلنا ما ذكرناهُ، وقوله: أحق بمَحياه ومماتِهِ أي بدفنهِ والقيام بأمورهِ والإيثارُ والبر والصلة.

مسألةٌ: قال: ولَو أعتقَ مُسلمٌ نصرانياً أو نصرانيٌّ مُسلماً، فالولاءُ ثابت لكل واحد منهما.

---

(١) أخرجه البخاري في العتق، باب بيع الولاء وهبته (٢٥٣٥)، ومسلم في العتق باب النهي عن بيع الولاء وهبته (١٥٠٦)، والترمذي في البيوع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في كراهية بيع الولاء وهبته (١٢٣٦).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (١٤١٥٢)، بلفظ: «من تولى غير مواليه فقد خلع ربقة الإيمان من عنقه».

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه ابن عدي في الكامل عن ابن عمر عن النبي ﷺ (٢/ ٣٣٢).

(٥) تقدم تخريجه.

الفصل

قد ذكرنا: أنهُ إذا أعتقَ الذمي عبداً مُسلماً أو المسلم عبداً ذمياً ثم مات المعتق، فالولاءُ للمعتق ويرث المعتق من كان على دينهِ لأن اختلاف الدين يقطع الإرث، وإن لم يقطع الولاء كما يقطع إرث النسب وإن كانَ لا يقطع النسب، قال الله تعالى: ﴿وَنَادَىٰ نُوحٌ ٱبْنَهُۥ﴾ [هود: ٤٢]، وقالَ تعالى: ﴿وَإِذْ قَالَ إِبْرَٰهِيمُ لِأَبِيهِ ءَازَرَ﴾ [الأنعام: ٧٤]، فلم يقطع النسب باختلاف الدين فكذلك الولاءُ. وقال سفيان الثوري: يثبت الولاءُ ويرث بهِ وحكي عنه أنه قال: إذا كان المعتق مُسلماً يرث من المعتق الكافر لأن الإسلام يعلو، وحكي عن مالكٍ أنه قالَ: إذا أعتق الكافرُ مُسلماً لا ولاءَ له بل يكون ولاءُهُ لكافةِ المسلمينَ. وقالَ أيضاً لو أعتق نصراني نصرانياً ثم أسلم المعتق بطلَ ولاءُ مولاهُ، فإن أسلم مولاهُ لم يَعد إليهِ الولاءُ [٩/ ب].

مسألة: قالَ: من أعتقَ سائبةً فهو مُعتقٌ، ولهُ الولاءُ.

صورةُ المسألةِ أن يقولَ لعبده: أعتقتك سائبةً، أو أنتَ حرٌ سائبة فإنهُ يعتَق ولا يتعلق بقوله سَابيةً حكم ويلغى ذلك، وقد ذكرنا أنه لو قالَ: أنتِ سَائبة فهو كنايةٌ، فإن نوى به العتقَ وقعَ، وإلا فلا. وقال مالكٌ: إذا قالَ: أعتقتكَ سائبةً، أو على أن لا ولاءَ لي عليكَ أو على أن ولاءَكَ للمسلمين دوني يصحُ الشرط ويكون ولاءه للمسلمينَ دون المعتق. وبه قال عمر بن عبد العزيز والزهريّ وربيعةُ، ودليلنا قوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»[١]، وقيل في قوله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٍ وَلَا سَآئِبَةٍ﴾ [المائدة: ١٠٣]، أراد بالسائبة هذا. وروي أن رجلاً جاء إلى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وقالَ: إني أعتقت غلاماً لي وجعلته سائبةً، فمات وترك مالاً، فقال عبد الله: إن أهل الإسلام لا يسيبونَ إنما كانَ يسيبه أهل الجاهليةِ، وأنتَ وارثه، وولي نعمته، فإن تحرجت من شيءٍ فأدناهُ أن تجعله في بيت المالِ، ويروى عن سَالم مولى أبي حذيفة أنه كانَ مولىً لامرأةٍ من الأنصار، ويقال لها: عمرةُ بنت يعار أعتقته سائبةً فقتل يومَ اليمامةِ فأتى أبو بكر الصديق رضي الله عنهُ بميراثهِ فقال: أعطوهُ عمرة فأبت تقبله[٢]، وقيل: أتى عمرَ رضي الله عنه بميراثه فدعا وديعة بن جدام وكانَ وارث عمرة بنت يعار، فقال: هذا ميراث مولاكم فخذوه، فقالَ: يا أمير المؤمنين أعتقته صاحبتنا سائبةً وقد أغنانا الله عنهُ فلا حاجة لنا بهِ فجعله عمر رضي الله عنه في [١٠/أ] بيتِ مالِ المُسلمينَ.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/ ٣٠٠).

وروي أن طارق بن المرتع أعتق أهل بيتٍ سوائب، فأتي بميراثهم، فقال عمرَ رضي الله عنهُ: أعطوه ورثة طارق فأبوا أن يأخذوه، فقال عمر: اجعلوه في مثلهم من الناس[١]. ولأن الولاءُ من مقتضى العتاق كالرجعة في الطلاق الرجعي ولا تسقط الرجعَةُ بالشرط فكذلكَ الولاءُ. ثم قال الشافعيُّ رضي الله عنه بعد هذا رداً على مالكٍ في السائبة، فقال: والمعتق سائبةٌ معتقٌ وهو أكبرُ من هذا في معنى المعتقين يعني قد زاد على سائر المعتقين في قصد إزالة الملكِ، فكيفَ لا يكونُ له ولاءٌ، فالمعتق سائبة قد أنفذ الله له العتق لأنه طاعة، وأبطل الشرط بأن لا ولاءَ له لأنه معصية، وقالَ رسولُ اللّهِ ﷺ: «الولاءُ لمن أعتقَ»[٢].

مَسْألةٌ: قالَ: ومَن وَرِثَ مَن يعتُق عَليهِ أو ماتَ عن أمِ ولده فلهُ ولاءَهُم وإن لم يعتقهم صريحاً لأنهم في معنى من أعتق[٣].

جملةُ هذا أن كل مملوكٍ عتق على غيره باختياره، أو غير اختياره ثبت ولاءه له وَلَو باع عبدَهُ من نفسهِ بمالٍ في ذمتهِ، ففي ولائه وجهان: أحدُهما، أنه لسيده والثاني، أن لا ولاءَ لسيده لأنه لم يعتق من ملكه ولا يملك العبد الولاءَ على نفسهِ.

مَسْألةٌ: قالَ: وإذا أخذَ أهل الفرائضِ فَرائضَهُم، ولَم يكنْ لَهُ عصبةُ قرابةٍ من قبل الصُلب كان ما بقي للمولى المعتق.

جُملةُ هذا أن ما يكونَ لعصباتِ النسب فهو للمعتق إن لم يكن عصبَة النسبِ لما رُويَ أن ابنةُ حمزة أعتقت جاريةً لَهَا [١٠/ب] فماتت المعتَقة وخلفت مالاً ولم يرثها إلا ابنةٌ واحدةٌ فأعطى رسولُ الله ﷺ الابنة النصف وأعطى المعتقة الباقي[٤] وليسَ هذا حمزة عم النبي ﷺ إنما هو حمزةُ آخرُ. وروى الحسنُ: أن رجلاً أتى النبي ﷺ برجلٍ، فقال: اشتريته وأعتقته، فقال: هو إن شكرك فهو خير لهُ وإن كفرك فهو شر له وخير لك، فقالَ: ما أمر ميراثه، فقال: إن ترك عصبةً، فالعصبة أحق به وإلا فالولاء[٥]. وروى سعيد بن المُسيب أن النبيّ ﷺ قالَ: «المولى أخٌ في الدين ونعمة يرثهُ أولى الناس بالمعتق»[٦].

مَسْألةٌ: قالَ: ولو تركَ ثلاثةَ بنينِ، اثنانِ لأمٍ، فَهلكَ الذي لأم وتركَ مالاً.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر الحاوي الكبير (١٨/ ٨٩).

(٣) ذكره ابن حجر في تلخيص الحبير (٤/ ٢١٤).

(٤) ذكره ابن حجر في تلخيص الحبير (٣/ ٨٤).

(٥) أخرج نحوه الدارمي في سننه عن الزهري (٣٠٠٦)، والبيهقي في الكبرى (٢١٢٩٠)، (١٠/ ٣٠٤).

الفصلَ

جملةُ هذا أن الولاء للكبير، وهكذا قالَ رسولُ الله ﷺ وقد صَوّرَ الشافعي فيما قضى به عثمان رضي الله عنه وإن كانَ في غيره أقربُ وهي في رجل أعتق عبيداً استحق ولاءَهم ثم مات المعتق عن ماله وولاءُ مواليهِ، وخلف ثلاثة بنين اثنان منهم لأم وواحدٌ من أم أخرى فورثوا مالهُ وولاءَ مواليهِ أثلاثاً بالسوية ثم مات أحدُ اللذين من أم وخلف أخاهُ لأبيهِ وأمهِ وأخاهُ لأبيه وأخاهُ لأبيه ثم مات الأخ من الأبوين وخلف ابنين وأخاه لأبيه فورث ماله ابناهُ دون أخيه وتنازعوا في ولاءِ المولى، فقال الأخ: بولائهم منكما لأني ابن مولي، وأنتما ابنا ابن مولى، وقال ابنا الابن: لكَ ثلث ولائه ولنا ثلثاه حتى أبينا بميراثه من أبيهِ وأخيهِ [١١/أ] فقد اختلف في استحقاق الولاءِ هل يكون معتبراً بموت العبد المعتق فيستحقه الكبير من عصبات المولى، أم يكون معتبراً بموت المولى المعتق، فيكون مشتركاً بين القريب والبعيد، فمذهَب عمرَ وعثمان وعلي وزيد بن ثابت وأبي بن كعب وابن عمرَ وأسامةَ بن زيد وأبي مَسعود البدري رضي الله عنهم والحسن وابن سيرين وعطاء والزهري والشعبي والشافعي وأبي حنيفة وداود رحمهم الله: أن الولاء يستحقه الكبير اعتباراً بموت العبد المعتَق، فيكون ولاءُ من مات منهم لابن المولى دون ابن أبيه، وتفسير الكبير بالدرجةِ لا بالسن، فمن كانَ أقرب إلى المعتق، فهو الأكبَرُ ولو كانَ أصغر سناً.

ولو قالَ الشافعي: إذامات أحد ابني المعتق عن ابنِ وأخ، فالأخ الذي هو ابن المعتق أولىٰ بالولاءَ لا أن يكفيه في تفسير قوله: الولاء للكبير. ولكنه صوّر فيما ذكرنا لما بيّنا أن الواقعة كانت هكذا في زمان عثمان رضي الله عنه، وذلك فيما روى عبد الملك ابن أبي بكر بن عبد الرحمٰن بن الحارث بن هشام عن أبيه أن العامر بن هشام هلك وترك ثلاثة بنين، اثنان لأم وواحد من أم أخرى، فهلك أحد اللذين لأم وترك مالاً وموالي فورثه أخوه لأبيه وأمهِ وووث ماله وولاءه إليه ثم هلك الذي ورث المال والموالي وترك ابنه وأخاهُ لأبيه، فقال ابنه: قد أحرزت ما كان أبي أحرز فقد أحرزت المال وولاءَ الموالي. وقالَ أخوهُ ليسَ كذلك إنما أحرزت المال فأمّا ولاءُ الموالي فلا: أرأيت لو هلك أخي اليومَ ألست أنا أرثه فاختصما إلى عثمان رضي الله عنه فقضى لأخيهِ [١١/ب] بولاءِ المولى، وحكى عن ابن مَسعود في روايةٍ وشريح أن ولاءَ من ماتَ منهم موروث يستحقه القريب والبعيد له اعتباراً بموت المعتِق، فيكون لابن المولى في هذه المسألةِ ثلث ولأبيهم وابني ابنه ثلثاهُ.

ودليلُنا ما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قالَ: «الولاء لحمة كلحمةِ النسبِ لا يباع

ولا يوهبُ ولا يورث ولا يتصدق بهِ»[١]، يعني لا يورث ميراث المال ولكن الكبير أقرب، فكان بالميراث أحق كالنسب ولأنه لما كانِ الميراث بالنسب معتبراً بموت الموروث كان كذلك في الميراث بالولاءِ، وعلى هذا لو خلفَ رجل ثلاثة بنين فمات واحدٌ منهم وخلفَ ابناً ومات الآخر، وخلف ابنين ومات الآخر، وخلف ثلاثة بنين، وظهر لجدهم المتوفى مولى فإن ولاءَهُ بينهم على ستة لكل واحد منهم سهمٌ، ولو ظهرَ له مالٌ لكانَ المالُ بينهم أثلاثاً للابن الواحد الثلث وللابنين الثلث وللثلاثة الثلث. والفرقُ بينهما أنهم يأخذون الولاءَ عن الجد لا عن آبائهم والمالُ يأخذونه عن آبائهم لا عن الجد فورث كل واحد منهم مقدار ما ماتَ عنهُ أبوه وهو الثلث، وعلى قول من جعل الولاءُ موروثاً يُعطيهم سهام آبائهم فيجعل الثلث لابن الابن والثلث لابني الابن الآخر والثلث لثلاثة بني الابن الآخر وتصح من ثمانية عشر سهماً، وعلى هذا لو اشترك ابٌ وابنٌ في إعتاق عبدٍ ثم مات الأب وخلفَ ابناً آخر ومات المعتقُ كان لابن المعتق ثلاثة أرباع ولاءه النصف منه بمباشرة عتقه والربع بميراثه عن أبيه والابن الذي ليس بمعتق ربع ولاية بميراثه عن أبيهِ [١٢/أ].

فلو ماتَ ابن المعتق وتركَ ابناً وأخاً ثم مات العبدُ المعتق كان لأخيهِ نصف ولائه وللابن نصف ولائه اعتباراً بالكبر على قولِ من جعل الولاءَ موروثاً جعل للأخ ربع ولائه وللابن ثلاثة أرباع ولائه، وعلى هذا لو أعتقت أمرأة عبداً وماتت وخلفت ابناً وأخاً ثم مات العبد كان ولاءه لخالهِ دون عمه لأن الخال أخو المعتقة والعم أجنبي عنها وهذا قول من جعلَه الولاء للكبر وعلى قولِ من جعل مَوروثاً يجعل الولاءَ لعم الابنِ، وإن كانَ أجنبياً من المعتقةِ دون الخالِ وإن كان أخاها لانتقال ماله إلى عمه دون خاله.

ثم قالَ الشافعي والأخوة من الأبِ والأم أولى من الأخوة للأب، وقد ذكرنا ذلك ولا خلاف فيه بخلافِ صلاة الجنازة وولاية النكاح في أحد القولين لأن للنساءِ مدخلاً في الولاء إذاأعتقن، أو أعتق من اعتقن فكان اجتماع قرابة الأم مع قرابة الأب فيه يوجب الترجيح على التفرد بقرابةِ الأبِ بخلاف ذاكَ.

فَرْعٌ

لو خلفَ أخاً لأم وعماً وابن عم كان الولاءُ للعم وابن العم ولا ولاءَ للأخ من الأم لأنه ليس بعصبة وابن العم عصبَة، ولو خلف ابني عم، أحدهما أخ لأمٍ. قال القاضي أبو حامدٍ في الجامع كان ابن العم الذي هو أخ للأم أولى نص عليه الشافعي، قالَ أصحابنا:

---

(١) تقدم تخريجه.

هذا صحيحٌ بخلافِ النسب، فإن هناك أخذ الأخ للأم شيئاً ثم الباقي بينهما لأنه استحق هناك فرضاً بالأخوة، فلم يترجح بها وههنا يأخذ فرضاً بها فترجح بها.

واعلم أن الولاءَ يستحق بشيئين أحدهما بأن يعتق [١٢/ب] مَملوكاً ويعتق ذلكَ المملوكُ مملوكاً آخرَ فيثبتُ له الولاءُ على ذلك، ويستوي فيه الرجالُ والنساءُ والثاني بأن يكونَ عصبةً للمعتق والتعصيبُ لا يثبتُ إلا للرجال ولا تعصيبَ للنساءِ فلا يستحقن الولاءَ عن المعتق، فإن قيل: إذا خلفَ المعتق ابناً وابنة فقد عصب الابنُ أختَهُ فيجب أن يستحق الولاءَ قلنا: الولاءُ بمنزلة النسب المتراخي، والأخُ لا يعصبُ أخته في النسب المتراخي بدليل أن ابن الأخ لا يعصب أخته وابن العم لا يعصب أخته وعلى ما ذكرنا لو اشترت البنتُ أباها ثم مات الأبُ، فالمال كله لها نصفه بالنسب ونصفه بالولاءِ، ولو كانَ هناك ابن وابنة فاشتريا أباهما ثم مات كان المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين بالنسبِ ولاَ حكم للولاءِ مع النسب، ولو أعتق هذا الأبُ عبداً ثم مات الأبُ ثم مات العبد كان ولاء العبدِ للابن دونَ البنت لأنه عصبةُ مولاه، فكانَ مقدماً على مولاه فولاه. وأمَّا جرُّ الولاءِ فقد شرحناهُ في كتاب الفرائض. ونشير ههنا إلى بعض المسائل.

وجملته أن جرّ الولاءِ ثابت عندنا خلافاً للزهري ومجاهد وهو رواية شاذة عن زيد بن ثابت رضي الله عنه واحتجوا بأن الولاءَ كالنسب والنسب إذا ثبت في جهةٍ لم ينتقل كذلك الولاءُ ودليلنا أن النسب معتبر بالآباء دون الأمهات كذلكَ الولاء، وإنما اعتبر ههنا بالأم للضرورة من جهة الأب إذا ارتفعت الضرورة انتقل كولدِ الملاعنة إذا اعترف به أبوهُ عادَ إلى نسبه. وروى هشامُ بن عروةَ عن أبيهِ، [١٣/أ] قال: مرْ الزبير بموالٍ لرافع بن خديج، فأعجبوهُ، فقالَ: لمن هؤلاءِ، فقالوا: هؤلاءِ موالي لرافع بن خديج وأبوهم عبداً لفلانٍ، فاشترى الزبير أباهم، فأعتقه، ثم قالَ: أنتم مواليّ فاختصم الزبيرُ ورافعٌ إلى عثمان رضي الله عنهم، فقضى عثمان للزبير، فقال: هشامٌ، فلما كان مغويه خاصمونا فقضى لنا مغويه. وقد ذكرنا أنه إذا أعتق الجد هل يجر الولاءَ فيه ثلاثة أوجه، أحدها يجر أيضاً إلى معتق نفسه وبه قالَ شريح ومالكٌ والشعبي، والثاني لا يجرّ أصلاً وبه قال أبو حنيفة، والثالث: إن كانَ الأبُ حياً لا يجر، وإن كان ميتاً جرّه لأن الجرّ بموت الأبِ يستقر ومع بقائه لا يستقرّ، فإذا قلنا: يجرّ فلو جرّ معتق الجد ولاءهُ ثم أعتقَ العبدُ بعده فقد ذكرنا أن معتق الأب يجرّ من معتق الجد وهو الصحيح لأن الولادة فيه مباشرة وفي الحدّ بعبده وفيه وجه آخرَ لا يجرّ لاستقراره في نسب الأبوّةِ.

ولو أعتقت أمةٌ حاملٌ من زوج مملوكٍ فولدت ابناً ثم أعتق إن كان ولاءُ الابن لمعتق الأم ولم يجرّ معتق الأب لأن عتق الابن مباشرة والولاءُ في عتق المباشرة لا يزول ولو لم

تلده قبل، وعتق الأب وولدته بعد عقته فإن ولدته لأقل من ستةِ أشهرٍ من عتقها كانَ عتقه عن مباشرة لعلمنا بكونه حملاً وقت عتقها، وإن ولدته لأكثر من أربع سنين جرّ معتق الأب ولاءه عن معتقها لعلمنا بعدمه وقت عتقها وإن ولدته لأكثر من ستة أشهرٍ، وأقل من أربع سنين، فإن لم يلحق بالزوج فولاءهُ غير مَجرورٍ وإن لحق بالزوج، [١٣/ب] ففي جرّ ولائهِ وجهان: أحدهما، إنه مجرورٌ لأننا على يقين من حدوثِ الولادة في شك من تقدمها، والثاني أنه غير مجرور لأننا على يقين من ثبوت ولائه لمعتق الأم وفي شك من جرّه إلى معتق أبيه.

ولو تزوج حُرٌّ لا ولاءَ عليه بمعتقةٍ عليها ولاءُ فأولدها ولداً فإن كان معروف النسب تحققنا حريتهُ كالعرب، فلا ولاءَ على ولده لأنه لو أولدها في الرق لم يكن الولدُ رقيقاً فكانَ أولى إذا أولد بعد ثبوت الولاءِ أنه لا يكون عليه ولاءٌ وإن كان الأبُ مجهولَ النسب، ففي ثبوت الولاءِ على ولده لمعتق أمهِ وجهان: أحدهما، لا يثبت تغليباً لظاهرِ الحرية وهو وظاهر مذهبِ الشافعي والثاني عليه الولاءُ لاحتمالِ حَالِ الأبِ وثبوت الولاءِ على الأمِ وحكي هذا عن أبي حنيفة ومحمدٍ. ولو تزوّجَ بمعتقة عليها ولاءٌ وأولدها ابناً دخلَ في ولاءِ أمهِ ثم اشترى الابنُ أباهُ عتق عليهِ وكان له ولاءهُ وفي جره لمولى نفسه من معتق أمه وجهان: أحدهما، لا يجره بعتق أبيه لأنه لا يملك ولاءَ نفسهِ ويكون ولائهُ باقياً لمعتق أمهِ وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنه لا يعقل عن نفسه وَلا يرثها. وحكي هذا عن أبي حنيفة، والثاني يجر ولاءَ نفسه بعتق أبيه ولا يملكه على نفسهِ ولكن يزول به الولاءُ عن نفسهِ ويصير به حرّاً لا ولاءَ عليهِ لأن عتق الأب يزيل الولاءَ عن معتق الأمِ. وبه قالَ ابن سريج: فعلى هذا لو أولدها ابنتين، فاشترت إحداهما أباهُ يعتق عليها، وكانَ لها ولاؤهُ وجرت إلى نفسها ولاءَ أختها وفي جرّها الولاءِ نفسها وجهان: [١٤/أ] على ما ذكرنا فإذا قلنا: يجرّهُ ويسقط بهِ الولاءُ عنها فإن ماتَ الأبُ كانَ ثلثا ميراثهِ بينَ بنتيه نصفين بالنسبِ والثلث الباقِي لبنته المعتقة بالولاءِ، ولو ماتت بعد الأب البنتُ التي ليست بمعتقة كان لأختها المعتقة نصف ميراثها بالنسب ونصفه الباقي بالولاءِ الذي جرته من معتق الأم ولو كانت الميتة بعد أبيها هي البنت المعتقة وخلفت أختها كان لأختها نصف ميراثها، وفي نصفه الباقي وجهان: أحدهما، أنه لمولى أمها إذا قلنا: لا تجر ولاءَ نفسها، والثاني: لبيت المال إذا قلنا: جرت ولاءَ نفسها.

فَرْعٌ آخر

ولو قالَ لأمته: إذا ولدتِ ولداً، فهو حُرٌّ فولدت ولداً ميتاً ثم ولدت ولداً آخر فالذي يقتضي المذهب أن الثاني لا يعتق، وبه قالَ أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة يعتق لأن

العتق يستحيل في الميت فتعلقت اليمين بالحي كما يقال: إن ضربت فلاناً فعبدي حرٌّ فضربه حياً عتق وإن ضربَهُ ميتاً لم يعتق، وهذا لا يصح لأن شرط العتق وجدَ، وهو الولادة بدليل أنه لو قالَ لها: إن ولدت فأنت حرةٌ، فولدت ولداً ميتاً عتقَ.

فَرْعٌ آخر

ولو قالَ لعبده أنتَ حرٌّ كيف شئتَ. قالَ أبو حنيفةَ: يعتق في الحالِ ولا يقف العتق على مشيئتهِ، وقالَ أبو يوسف ومحمد: لا يعتق حتى يشاء، وهذا يشبه أن يكون مذهباً ولا نصّ فيه.

فَرْعٌ آخرُ

لو كان عبدُهُ مقيداً فحَلفَ بعتقه أن ما في قيده عشرة أرطال حديد وحلف بعتقه أن لا يحلهُ هو وَلا أحدٌ من الناس، فشهد عند القاضي شاهدان أن قيده خمسة أرطال، [١٤/ب] فحكم بعتقه وحل القيد فوجد فيه عشرة أرطال حديد. قال أبو حنيفة: يجب على الشاهدين قيمة العَبد، وقالَ أبو يوسف ومحمد: لا يجب عليهما شَيءٌ، وهو الصحيحُ وبناهُ أبو حنيفة على أصله أن حكم القاضي ينفذ في الباطن وإن كانَ بشهادةِ الزور فكان العتق وقع بشهادتهما ووجه الآخر أنه عتقَ بحل القيد دون مَا شهدوا به، وقالَ أبو حنيفة: إذا شَهدوا بموت السيّدِ للعبد المدبر، وحكم بعتقه، ثم بان أنه حيٌّ بطل الحكم بعتقه لثبوت كذبهم قطعاً فكذلكَ هَهنا.

كتاب المدبّر[(١)]

قَالَ: أخبرنا سفيان عن عمرَو بن دينار، وذكر الخبر.

التدبيرُ أن يعتق عبدَهُ دبر الحياةِ، يقال: أعتقته عن دبر أي بعد الموت وَلا يستعمل ذلك في غير العتق من الوصايا، وفي تسميتهِ تدبيراً ثلاثة أوجهٍ أحدَها لأنه يعتق عليهِ في دبر الحياةِ وهو آخرهَا، والثاني: لأنه لم يجعل تدبير عتقهِ إلى غيره، والثالث: لأنه دبّر أمرَ حياتهِ باستخدامهِ وأمر آخرتهِ بعتقه.

وفي ابتدائه وجهان: أحدُهما أنه تقدم في الجاهلية وأقرّه الشرعُ في الإسلامِ على ما كانَ عليه في الجاهليةِ فصار بالتقرير شرعاً، والثاني: أنه مبتدأ في الإسلام بنص وردَ فيه عمل به المسلمونَ فاستغنوا بالعمل عن نقل النصِّ فصار بالنص شَرعياً وصارَ العملُ على النص دليلاً فدبّر المهاجرون والأنصار عبيداً.

ثم قد يكون مُطلقاً بأن يقول: دبّرتك، أو أنتَ مدبر، أو إذا متُّ فأنت حرٌ، [١٥/أ] أو إذا دخلتَ الدار ومتُّ فأنتَ مُدَبر، أو إذا دخلتَ الدار فأنت مدبرٌ، وقد يكون مقيداً بأن يقول: إن متُّ من مرضي هذا أدنى شهري هذا أو في سنتي هذه فأنتَ حرٌ، وإن صلت فأنت حُرٌّ وكلاهما عندنا سواءٌ، فإذا وجد ذلكَ تعلقَ العتق بموتهِ وله الرجوعُ فيهِ متى شاءَ والتصرف فيهِ بالبيع وَالهبةِ وغير ذلكَ، ثم ينظر، فإن رجع عنه قبل موته وتصرف فيه بطل التدبير، وإن لم يرجع حتى مات نظر، فإن كان عليه دين مستغرقٌ لم يعتق وبيع في الدين وإن لم يكن عليه دينٌ واحتمل الثلث جميعه عتق، وإن لم يحتمل الثلث بقدر الثلث دون الباقي، وبه قالت عائشة رضي الله عنها وعمر بن عبد العزيز وطاوس ومجاهد وإسحق وأحمد. وقالَ ابن أبي نجيح كان مجاهد وفقهاء أهل مكة يرون التدبير وصيةً صاحبُها فيها بالخيار ما عاش يمضي منها ما شاءَ ورد منها ما شاءَ. وقالَ مالكٌ: إذا دبر عبده لا يجوز له التصرف فيهِ بحالٍ مقيداً كانَ أو مطلقاً ولكن إن مات وعليهِ دينٌ بيع في دينه كما لو أعتق عبداً في مرضه لا يجوز له التصرف فيه في حياته ويباع في دينهِ، وهو رواية عن أحمد وكانَ الحسن بن ربيعة: يجوز بيعَهُ إذا احتاج صَاحبُه إليهِ. وقالَ الليثُ بن

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/ ١٠٠).

سعدٍ: يكره بيع المدبر ويجوز بيعُه إذا أعتقه الذي اشتراهُ. وقالَ ابن سيرين لا يُباع المدبرُ إلا من نفسهِ، وقالَ أبو حنيفة: إن كانَ التدبيرُ مقيداً لا يلزمهُ ذلكَ وله التصرف فيهِ والرجوع عنه متى شاءَ وإن كانَ [١٥/ب] التدبرُ مطلقاً لم يلزمه ذلكَ وَلا رُجوع له فيهِ، وإن ماتَ واحتمله الثلث عتق وإن لم يحتمله الثلث عتق قدر الثلث واستسعى الوَارثُ في ثلثه وإن كانَ عليه دينٌ يستغرقه يستسعي العبد في قدر قيمَته، فإذا أدى ذلكَ عتق وروي منعُ البيع عن سعيد بن المسيّب والشعبي والنخعي والزهريُّ وسفيان والأوزاعيُّ. وروي عَن ابن مسعود رضي الله عنهُ وسعيد بن جبير ومسروق وحماد والحكم والنخعي وداود أن المدبر عتق من رأس المال.

ودَليلُنا ما روى جابر رضي الله عنهُ أن رجلاً أعتق غلاماً له عن دبر منه لم يكن له مال غيره فأمرَ النبي ﷺ فبيع بسبع مائة أو بتسع مائة[١]، وفي رواية أخرى أن رجلاً من الأنصار يقال له: أبو مذكورٍ أعتق غلاماً له يقالُ له: يعقوب عن دبر لم يكن له مالٌ غيره فدعا بهِ رسولُ الله ﷺ، فقال: من يشتريهِ فاشتراهُ نعيم بن النحام بثمانمائة درهم فدفعها إليه، وقالَ: إذا كانَ أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه، فإن كانَ فيها فضل فعلى عيالهِ فإن كان فضل فعلى ذوي قرابته، أو على ذوي رحمه، فإن كانَ فضلُ فههنا وههنا[٢]. وقال عمرو بن دينار: سمعت جابراً يقول: كان عبداً قبطياً ماتَ عام أول في إمارة ابن الزبير[٣]. وروى باعه بثمانمائة درهم ودفعهُ إلى مولاه. وروى شريكٌ بإسنادهِ عن جابرٍ أن رجلاً مات وترك مدبراً الخبرَ. قال أهل الحديثِ: [١٦/أ] هذا خطأٌ من شريك والحفاظ أثبتوا حياةَ مالكه وقت بَيعهِ ولأنه عتق بصفةٍ ثبت بقولِ المعتقِ وحدَهُ، فلا يكونَ لازماً كما لو قالَ: إن دخلتَ الدار فأنت حرٌ. والدليلُ على أنهُ يعتبر عتقه من الثلث، وهو قولُ عليّ وابن عمرَ رضي الله عنهم وسعيد بن المسيب والزهري وأبي حنيفة ومالكٍ والثوري وأحمد وإسحاق ما رَوى ابن عمرَ رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «المدبرُ من الثلث»[٤]، ورواهُ أبو قلابةَ عن النبي ﷺ مرسلاً، وقيل: هذا لا يصح مرفوعاً بل هو موقوف على ابن عمرَ رضي الله عنهما ولأن إعتاقه في المرضِ أقوى وأمضى، وَهو يعتبر من الثلث، فهذا أولى ولأنه تبرع يلزمُ بالموتِ فكان من الثُّلثِ كالوصيةِ، واحتجوا بما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال:

---

(١) أخرجه أبو داود في العتق، باب في بيع المدبر (٣٩٥٥).

(٢) أخرجه أبو داود في العتق، باب في بيع المدبر (٣٩٥٧)، وأحمد في مسنده (١٣٨٦١).

(٣) أخرجه مسلم في الأيمان، باب في جواز بيع المدبر (٩٩٧).

(٤) أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب المدبر (٢٥١٤).

«المدبرُ لا يُباع ولا يُشترى»(١)، ولأنه استحقَ العتق بموت السيد على الإطلاق فلا يجوزُ بيعُهُ، إذ كانَ عتقه من رأس المال كأم الولدِ. قلنا: قال الطحاوي: هذا لا يصُح مُسنداً عن النبي ﷺ، وإنما هو موقوفٌ على ابن عمر، أو نحمله على ما بعد الموت، أو على الاستحباب بدليل خبرنا. وقد روى جابر رضي الله عنهُ أن رجلاً من الأنصار أتى النبي ﷺ فقالَ: يا رسول الله ما لي إلا غلاماً جعلته حراً من بعدي، فأمرَ الرسولُ ﷺ ببيعه، وقالَ: «أنتَ إلى ثمنه أحوج واللّهُ عنك أغنى»(٢)، وإنما ذكر الشافعي هذا الخبر بألفاظ الاستدلال به على تمام حفظ الراوي، [١٦/ب] وصححُ مُسلم بن الحجاج، هذا الخبر وروى أن أمةً لعائشة رضي الله عنها كانت دبرتها فسحرت عائشة فأمرت بعتقها فبيعت في الأعراب وجعلت ثمنها في الرقاب(٣)، فإن كان هذا في حياةِ رسول اللّهِ ﷺ فهو عن أمره وإن كانَ بعد وفاته نعلمها بهِ من جهته.

وبَاعَ عمر بن عبد العزيز مدبراً في دين صَاحبهِ. وقالَ طاووس: يعود الرجل في مدبره.

مَسْألةٌ: قالَ: فإذَا قالَ الرجلُ لعبدهِ أنتَ مدبرٌ أو عتيقٌ،

الفَصْلُ

الكلامُ في هذا في ألفاظِ التدبير، فإذا قالَ: أنتَ حُرٌ بعد موتي أو أنت محررٌ بعد مَوْتي أو عتيق، أو دبرتك، أو أنتَ مدبرٌ، أو إذا متُّ فأنتَ حُرٌّ، أو متى متُّ فأنت حرٌّ يكون مدبراً فنص الشافعي أن قوله: دبرتكَ صَريح في التدبير، وقال في الكتابة، إذا قالَ: كاتبتكَ لا يكون صَريحاً حتى يقول: فإذا أديت إلي ذلكَ فأنتَ حرٌّ واختلف أصحابنا فيه على طريقين أحدُهما، أن ينقل الجَوابُ إلى أحدى المُسلمين إلى الأخرى ففيهما قولان: أحدهما، يكفي قوله: دبرتك، وقوله: كاتبتك ولا يفتقر كلاهما إلى النيّة لأنهما لفظان موضوعان لهذين العقدين فلا يفتقر إلى النيّة كلفظ البيع في البَيع، والثاني: يفتقر إلى النيّة لأنهما لفظان لم يكثر استعمالهما، فافتقر إلى النية كسائر الكتاباتِ، والثانية: المسألتان على ظاهرهما فالتدبير لا يفتقر إلى النيّة والكتابةُ تفتقر إلى النيّةِ، والفرقُ من وجهين: أحدُهما: أن التدبير لفظ ظاهِر مشهور [١٧/أ] ويعرفُه عَوامُ الناسِ فاستغنى عن النيّةِ، والكتابةُ لا

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/ ٣١٤)، بلفظ «المدبر لا يباع ولا يوهب» والدارقطني في سننه (٤/ ١٣٨).

(٢) تقدم ذكره.

(٣) ذكره القرطبي في تفسيره (٢/ ٤٨).

يعرفُها إلا خواصُ الناسِ، فافتقرت إلى النية، والثاني: التدبير لا يحتمل إلا العتق بعد الموت، وَالكتابة لفظٌ مشتركٌ لأنه يحتمل أن يريد به المخارجة، فيقول: كاتبتكَ كل شهرٍ بكذا، ويحتمل أن يريد به الكتابة الشرعيةَ التي تتضمن العتق، فلا ينصرف إلى أحد احتماليه إلا بنيةٍ.

فَرْعٌ

أدخلَ الشافعي رضي الله عنهُ في جملة ألفاظ التدبير أن يقول لعبده: إذا دخلت الدار فأنتَ مدبرٌ وليس هذا تدبيراً بنفسهِ، بل هو تدبير معلقٌ بصفةٍ، وهي دخول الدارِ فقبل أن يدخل الدار لا يصير مدبراً، فإذا دخل صار مدبراً يعتق بالموت ويحتاج أن يوجد دخولُ الدار في حال حياةِ السيِّدِ، فإن ماتَ السيد قبل دخول الدار بطلت الصفةُ لأن إطلاق الصفةِ تقتضي وجودها في حال الحياةِ فإذا مات قبلَ وجودها بطلت كما لو قالَ لعبده: إن دخلت الدار فأنت حرٌّ فماتَ قبل دخولِ الدارِ بطلت الصفةُ.

فَرْعٌ

لو قالَ: إذا متُّ ودخلت الدار فأنتَ حرٌّ لا يكون مدبراً بل يكون ذلك عتقاً بصفةٍ فإذا دخل الدار بعد موتهِ عتق ومعنى قولنا: لا يكون مدبراً أنه لا يصحُ رجوعه عنهُ إلاّ بإخراجه من ملكهِ، ولو قالَ: رجعت عنهُ لا يكون رجوعاً قولاً واحداً.

فَرْعٌ آخر

لو قالَ: إن ماتَ أبي فأنت حرٌّ لا يكون مُدبراً بل هو عتق معلق بصفةٍ.

فَرْعٌ آخر

قالَ في الأم: لو قال لعبده: أنتَ حرٌّ بعد موتي أو لستَ بحرٍ لم يكن شيئاً كما لو قالَ: أنت طالق أو لستِ بطالق [١٧/ ب].

فَرْعٌ آخر

لو قالَ: أنتَ حُرٌّ بَعد موتي بيومٍ لا يحتاج إلى إنشاءِ العتق كالمدبر سواءٌ، وقالَ أبو حنيفة: لا بد من مباشرة العتق بعد موته بيومٍ.

فَرْعٌ آخر

لو قالَ لعبده: إذا قرأت القرآن بعد موتي فأنت حر لا يعتق إلا بقراءةِ جميع القرآن.

ولو قالَ: إذا قرأت قرآناً بعد موتي فأنت حرٌّ يعتق بقراءةِ بعضهِ، والفَرق أن هناك علقَ العتق بقراءة جميع القرآن لأنه ذكره بالألف واللام وهَهنا ذكره منكراً فاقتضى بعض القرآن، فإن قيل: أليس قال الله تعالى: ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ ٱلْقُرْءَانَ فَٱسْتَعِذْ بِٱللَّهِ﴾ [النحل: ٩٨]، الآية، ولم يرد به جميعَهُ. قُلنا: هناك قامَ الدليلُ والظاهِرُ يقتضي جميعهُ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولَا يعتقُ في مالِ غائبٍ حتى يَحضَرهُ.

اعلم أنه إذا دبر عبداً قيمته مائة درهم وله مائتا درهم في بلدٍ آخر أو في ذمة مُعسر فمات السيّد لا يخلف المذهب أنه لا يعتقُ كله وهل يعتق ثلثه في الحالِ اختلفَ أصحابنا فيه فمنهم من قالَ: عتق ثلثه في الحال وَهو اختيار القاضي أبي حامدٍ لأنه تتحقق حريته فإنه إذا سلم جميع المالِ عتق كله، وإن لم يسلم ذلك عتق قدر الثلث، ومن أصحابنا من قال: لا يعتق منه شيءٌ لأنا إذا أعتقنا الثلث وقفنا الثلثين منه، وهذا يؤدي إلى نقلهم حق التدبير على حق الورثةِ، قال أبو حامدٍ: وهذا ظاهر المذهب، فإذا قلنا: بهذا فإن حضر المال كله عتق من الثلث وإذا تلفَ المال كله عتق ثلثه دون ثلثاه وإن حضرت إحدى المائتين وتلفَت الأخرى عتق ثلثا العبدِ ورق ثلثه، ويكون ذلكَ [١٨/أ] مثل ما عتق، وإن حضرتَ إحدى المائتين والمائة الأخرى غائبة يرجى حُصولها يعتق منه النصف لأنه حصل للورثةِ مائة، فيعتق بقدر نصفها وهو النصف من العبد ويوقف النصف الآخر على حضور المائة الأخرى، فإن حضرت عتق وإن تلفت عتق منه ثلثه ورق ثلثاه، وإن قلنا: بالأول قال القفالُ: عُتق ثلثه وللورثةِ التصرف في الثلثين فإن حضر المال الغائب نقض تصرفه فلو أعتق الوارث الثلثين ثم لم يسلم المال الغائب فولاءُ الثلثين له، وإن حضر المال الغائب. قالَ ابن سريج: ولاءُ الثلثين للوارث أيضاً لأنه أعتق وكان له الإعتاق وفيه وجهٌ آخرُ أن كل الولاء للموروث بناءً على أن إجازة الورثة تنفيذاً أو ابتداءً عطيّته ذكره القفال. قالَ القفال: على هذا لو أوصى لرجل بعين وما سواها من المال غائبٌ هل يسلم ثلث ذلكَ إلى الموصى لهُ أو لا يسلم شيءٌ حتى يحضر المال فعلى الوجهين. وكذلك لو أبرأهُ من مال عليهِ وماتَ وباقي المال غائب هل يبرأ في الحالِ من الثلث أم يتوقف فيه وجهان، وكذلك لو كان على أحد ابنيه دينٌ، فمات وخلفهما يبرأ من نصفه قبل أن يوفر على أخيهِ النصف الباقي فيه وجهان.

فَرْعٌ آخرُ

لو كان المال غائباً وقدر الورثة على التصرف فيه قبل قدومهِ لا يعتبر فيه عتقه قدومُ المالِ ويعتبر قدرتهم على التصرف، فإذا مضى زمانٌ قدرتهم على التصرف فيهِ عتق عليهم وإن لم يتصرفوا لأنهم بالقدرة في حكم المتصرفين فيهِ، فإن قدر على التصرف فيهِ بعضهم

عتقت حصة القادر [١٨/ب] ووقفت حصَةُ العاجز، ذكره في الحاوي.

مَسْألةٌ: قالَ: ولو قالَ: إن شئتَ فأنتَ حرٌّ متى متُّ فشاءَ فَهو مدبرٌ.

في هذا الفصل ثلاث مسائل:

إحداها أن يقولَ لعبده: إن شئتَ فأنتَ حرٌّ متى متُّ أو إذا شئتَ فأنت حرٌّ بعد موتي أو مدبر فليسَ هذا بتدبير مطلق بل هو تدبير معلق بصفةٍ وهو المشيَئةُ فقبل المشيئةِ لايكون مدبراً، وإذا وجدت المشيئةُ صَار مدبراً، والمشيَئةُ فيهِ كالمشيَئةِ في الطلاق، وقد ذكرنا أنه يتعلق ذلكَ بالمجلس على مذهب الشافعي، ولا بد من المشيئةِ في حياة السيد ومن أصحابنَا من قال: تعتبر المشيئة على الفور بحيث يَصلح أن يكونَ جواباً لكلام.

فرع

هذه المسألةُ لو قالَ: متى شئتَ فأنت حرٌّ بعد موتي فهذا تدبيرٌ معلق بالمشيئةِ مثل المسألة الأولى إلا أن ههنا المشيَئةُ على التراخي لأن قوله: متى شئتَ يتناول الأزمان كلها ويحتاج إلى وجودها في حياة السيدِ أيضاً.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ في المسألةِ الأولى في المجلس شئت ثم قالَ: لستُ أشاء انعقد التدبير بالمشيئةِ الأولىٰ ولا يبطل بتركهِ لها.

ولو قالَ: ابتداءً لستُ أشاءُ، ثم قال: شئتُ بطل التدبيرُ ولم تبطل المشيَئةُ الثانية.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ متى شئتُ على ما ذكرنا في الفرع فقالَ: شئتُ ثم قالَ لا أشاءَ ثبتَ التدبير، ولو قالَ: لستُ أشاءُ، ثم قالَ: شئتُ ثبت التدبير بهذه المشيَئةِ المتأخرة ولم يَبطل بتركها المتقدم بخلاف ما تقدم والعرفُ [١٩/أ] أن المشيئةَ ههنا على التراخي فراعينا وجودها متقدمة ومتأخرة وهناكَ على الفور فراعينا ما تقدم.

والمَسْألةُ الثانيةُ: إذا قَالَ: إذا متُّ فشئتَ فأنتَ حرٌّ، فهذا ليس بتدبير لأن التدبير هو العتق الواقع بالموت وإنما يقع بالمشيئةِ بعد الموتِ ولكنه عتق بصفةٍ توجد بعد الموتِ، ويحتاج أن توجد المشيَئةُ بعد موته على الفور وَهل يتقيدُ بالمجلس فعلَى ما ذكرت. وهكذا

لو قال: أنتَ حرٌّ إذا متُّ إن شئتَ وقالَ بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان: إذا قالَ إذا مت فشئت فأنتَ حرٌ والأصح أنه متى شاءَ بعد الموت عتق قالَ: ولو قالَ: أنتَ حرٌّ إذا مت إن شئتَ فإن شاءَ في المجلس ولم يشأ بعد الموت أو شاء بعد الموت ولم يشأ في المجلس لم يعتق لأن الكلام يحتمل المعنيين فإن شاءَ مرتين مرةً في المجلس ومرةً عقيب الموت أو بعده بزمانٍ قليلٍ أو كثير عتق يقيناً ثم لا يدري أنه عتق بالتدبير أو عتق بصفة بعد الموت وهذا خلاف المذهب المنصوص.

فَرْعٌ آخرُ

هذه المسألة لو قالَ: إذا متُّ متى شئتَ فأنت حرٌّ فالحكم كما في المسألة قبلها إلا أن المشيئةَ ههنا على التراخي، وهناك على الفور.

فَرْعٌ آخرُ

إذا ماتَ السيدُ كانَ العتقُ موقوفاً على مسيئته ونفقته من كسبهِ، فإذا شاءَ عتق وفيما بقي من كسبه لمن يكون قولان، كما قلنا: إذا أوصى بعبدٍ لرجلٍ ومات، فاكتسب قبل قبول الموصى له الوصية وجهان ففيه قولان: أحدهما، يكون للورثة، والثاني: يكون للموصى له، هكذا قال القاضي الطبري. وقال بعض أصحابنا: الكسبُ ههنا للورثة قولاً واحداً والفرقُ [١٩/ب] أن العبد ها هنا قبل مشيئته مملوكٌ، بلا خلافٍ، فلا يثبت له كسبه، وهناكَ الموصى له إذا قبله تبينا أنه ملكه بموت الموصي في أحد القولين، فكان كسبه له في هذا القول.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قالَ: أنتَ حرٌ إذا مت إن شئتُ فشاءَ قبل موت سيده فيه وجهان من الوجهينِ في معنى قول الشافعي، وسواءٌ قدم الوصيّة أو أخرها، فذهبَ البغداديون إلى أنه أرادَ سواءُ قدم المشيئة قبل الموت أو أخرها، بخلاف قوله: إذا مت فشئت لأن الفاء في المشيئة توجب التعقيبَ، فعلى هذا يعتق إذا شاءَ قبل موت سيده، ويكون هذا تدبيراً، وإن لم يشأ إلا بعد موت السيد عتق، وكان عتقاً بصفةٍ بعد الموت. وقال البصريون: من أصحابنا أرادَ سواء قدم المشيئة في لفظهِ، أو أخرها، وتكون مشيئته معتبرةٌ بعد الموت، ولا تأثير لها قبل الموت فإن شاءَ قبل الموت عتق وإلا رقّ للورثةِ.

المسألةُ الثالثة: أن يقولَ: إذا مُت فأنتَ حرٌ إن شئتَ فظاهر كلام الشافعي والذي عليهِ عامَّةُ أصحابنا أن ذلكَ عتق معلقٌ بالمشيئةِ بعد الموت مثل قوله: إذا مت فشئتَ فأنتَ حرٌ

لأنه لما ذكر الموت وعقبَه بذكر المشيئة والحرية كانَ الظاهرُ أنه علقَ الحرية بوجود المشيئةِ، وبكون وقت هذه المشيئة، وفي المسألة قبلها بعد موت السيِّدِ فإن العبد قبل موته لم يتعلقَ به حكم لأنهُ قيد المشيئةَ بما بعد الموت، فإذا تقدمت على تلكَ الحالةِ لم تصح كإجازة الورثةِ الوصية فيما زادَ على الثلث لو كانت في حالِ الحياةِ لم يتعلق بها حكم، وجملةُ هذا أن العتق بالصفات على ثلاثة أضربٍ: عتق متعلق بصفةٍ مطلقةٍ [٢٠/أ] فيقتضي وجود الصفةِ في حياةِ العاقد فإن مات قبل وجودها بطلت بموته.

وعتق معلق بصفةٍ مقيدة بحال الحياةِ، فيقتضي وجودها في حالِ الحياة، ويكون التعقيدُ تأكيداً.

وعتق معلق بصفة توجد بعد الوفاةِ، فيقتضي وجودها بعد الوفاةِ فإن وجدت قبله لم يصح.

وأمَّا قول الشافعي رضي الله عنه: إذا مت فشئتَ الآن فأنتَ حرٌ ذكره في المنهاج.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ: إن شاءَ زيدٌ فأنتَ حرٌ إذا متُّ فمشيئة زيدٍ على التراخي بخلاف العبد والفرقُ أن تعليقه بمشيئةِ زيدٍ صفةُ معتبر بوجودها فاستوى فيها قريبُ الزمان وبعيده، وتعليقه بمشيئةِ العَبدِ تمليكٌ وتخييرٌ فافترقَ قريبُ الزمان وبعيدهُ.

فَرْعٌ آخرُ

لو أخّر زيدٌ المشيئةَ ههنا حتى ماتَ السيدُ ثم شاءَ لم ينعقد التدبير لأن تعليقَ الحكم بالصفةِ هو شرطٌ يتقدم على المشرُوط.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قالَ: إن مت فشئتَ فأنتَ مدبرٌ فلا معنى لهذا لأن التدبير لا يتصور بعد الموت وهو كما لو أوصى، فقال: إذا مت فدبروا هذا العبد لا معنى له لأن التدبير أن يصير مُدبراً في حالِ الحياةِ ليعتق بالموتِ.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «الأم»: إن قال: إن شاءَ فلانٌ فعبدي حرٌ بعد موتي فشاءَ كان مدبراً، ولو قالَ: إن شاء فلان، وفلان، فعبدي حرٌ بعد موتي فشاءَا كانَ مدبراً فإن شاءَ أحدهما، ولم يشاء الآخر أو غاب أحدهما وحضر الآخر لم يكن مدبراً حتى يجتمعا على المشيئةِ فإن مات

أحدهما قبل أن يشاءَ يُبطل التدبير مشيئتهما.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ لرجلين دبرا عبدي هذا إن شئتما فأعتقاهُ عتق بتاتٍ كان العتقُ باطلاً، ولم يكن [٢٠/ب] مُدبراً إلا باجتماعهما على تدبيرهِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ لعبده: إن دخلتَ الدار فأنت حرٌ بعد موتي، وذهبَ عقلُ السيّدِ ثم دخل العبد الدار كان مدبراً، فلو مات السيدُ قبل دخول العبدِ الدار ثم دخلها لم يعتق، ولو قالَ: إذا متُّ ودخلت الدار فأنتَ حرٌ عتق إذا دخل الدار بعد موت السيدِ من الثلث ولاَ يكون مدبراً حتى يصير حراً بموته في كل حالٍ إذا كانَ خارجاً من الثلث. فأمّا إذا كانَ عتقه بعدَ موته موقوفاً على صفةٍ تحدثُ، فهو وإن كانَ حراً من الثلث فليس بتدبيرٍ كقوله لعبده: أنتَ حرٌ إذا متُّ وشئتَ الحرية أو أنت حر: إذا متُّ وشاءَ فلانٌ، أو أنتَ حرٌ بعد موتي إذا خدمتَ أبي سنةً.

فَرْعٌ آخرُ

قال في البويطي: لو قالَ: أنتَ حرٌ إن مت من مرضي هذا، أو سفري هذا، فهذه وصيةٌ ليسَ بتدبير فإن ماتَ من مرضهِ، أو في سَفره كانَ حراً من الثلث.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»: وجماعُ هذا أنه متى أعتقَهُ على شرطٍ، أو شرطين أو أكثر لم يعتق إلا بكمال الشروطِ التي أعتقَهُ عليها، وكذلكَ إذا دبرَ على صفةٍ أو صفتين لم يكن مدبراً إلا بكمال الصفاتِ التي دَبّر عليها.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ رجل: إن مت من مرضي هذا فأنتَ حرٌ وأوصي للناس بوصايا بهذه الشروط ثم أفاق من مرضهِ، ثم ماتَ من مرضٍ آخر ولم ينقض وصيته لم يقع العتق، ولا يستحق أحدٌ من الوصايا وصيتَهُ لأنه أعطاهم في حالٍ، فلا يكون لهم في غيرها.

مسألةٌ: قالَ: ولو قالَ: شريكَانِ في عبدٍ متَى مِتَنا فأنتَ حرٌ.

الفصلَ

صورةُ المسألةِ أن يكونَ عبدٌ بين شريكين لكل واحدٍ [٢١/أ] منهما نصفه، فقالا: متى متنا فأنت حرٌ، فقد علقا عتقه بموتهما فإن ماتا جميعاً دفعةً واحدةً، أو تقدم أحدهما على الآخر عتق العبد لوجودِ الصفةِ، وإذا ماتا معاً، ففي حكم عتقه عليهما وجهان: أحدهُما، أنه عتق تدبيراً لإيصال عتقه بالموتِ والثاني عتق عليهما وصيةً لا تدبيراً، لأن التدبير ما تفرّدَ عتقَه بموته وَلم يقترن بغيره، وإذا مات أحدهما وبقي الآخر فنصيبُ الميت انتقل إلى الورثة إلا أنه يعتق بالصفةِ لأن الشريك الآخر إذا مات يعتق ويصير هذا العبد مستحقاً هذا العتق، فلا يجوز للورثة بيعُه، ولهم استخدامه ويكون كسبُه لهم ويكون نصيبُ الثاني مدبراً لأنه يعتق بموته من غير شرطٍ آخر، ويجوز له بيع نصيبه لأن بَيع المدبر جائزٌ، فإذا باعَهُ وماتَ بعد البيع عتق نصيبُ الذي مَاتَ أولاً لوجودِ الصفةِ فيه وَهي موتهما جميعاً، وأمَّا نصيبُ الشريكِ، فقد بطل تدبيره فيهِ بالبَيع، فإن قالَ قائلٌ: هل تقولون إن هذا تدبيراً وعتق معلق بالصفةِ؟ قلنا: هو في الحال ليس بتدبير لأنه يجوز أن يموت واحدٌ منهما فلا يعتق نصيبه، فإن ماتا جميعاً عتق، ولم يكن تدبيراً، وإن مات أحدهما وبقي الآخر صَارَ نصيبُ الشريكِ الباقي مدبراً لأنه يعتِقُ بموته من غير شرطٍ آخر ونصيب الميت يكون معتقاً بالصفةِ، ولا يكون مدبراً، وقالَ بعض أصحابنا بخراسان إذا مات الأول هل يتصرفُ ورثته؟ فيه وجهان، أحدهما لا يتصرفون على ما ذكرنا كما إذا قالَ: إذا مضت سنةٌ من موتي، فاعتقوا هذا العبد، وأعطوه كذا لا يجوز إزالة الملك عنه، [٢١/ب] وإنما جوّز لهم استخدامه بخلاف ما لو قال: أعتقوهُ عني بعد موتي، فإن الورثة لا يتصرّفونَ فيهِ بشيء لأن الإعتاق إليهم فمن حقهم أن لا يؤخروهُ، وموت الشريك ليس إليهم، والثاني ذكره صاحب التقريب يتصرف فيه الورَثةُ لأن شرط العتاق لم يوجد بعد، كما لو قال: إن أكلت هذين الرّغيفين فأنتَ حرٌ فأكل أحدهما لا يقع التصرّف فيه. وقال أيضاً في كسبِ هذا العبد بين الموتين وجهان: أحدهما، إنه معدٌ في تركةِ الأولِ أعني كسب نصيبه، والثاني لوارثهِ ويمكن بناء الوجهين على الوجهين الأولين، فإذا جوّزنا للورثةِ التصرف في جميع الوجوهِ فالكسب للورثةِ وإن منعناه من إزالة الملكِ، فهو موقوف على حكم الميت، فالكسبُ من جملة التركةِ، والمذهب الصحيحُ ما ذكرنا أولاً.

فرعٌ

لو كان هذا القولُ من أحد الشريكين، فقالَ واحد منهما إذا متنَا، فأنتَ حرٌ لم تعتق حصتَهُ إلا بموتهما سواءٌ تقدمَ موته أو تأخر، وكان عتق حصتِهِ متردداً بين أن يعتق عليه بالوصيةِ إن تقدم موته وبالتدبير إن تأخر موته وحصةُ الشريك باقية على الرق في حياتِهِ وبعد

موته سواءٌ تقدم موته أو تأخر.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في المبسوطِ من كتاب «الأم» إذا قالَ الشريكان: أنت حبيسٌ على موت الآخرِ منا ثم تكون حراً، كان الجوابُ على ما مضى من عتق صحةِ الأول بالوصيةِ، والثاني بالتدبير ولهذا الفرع حكم زائدٌ وهو أن يكونَ كسب العَبد [٢٢/أ] بعدَ موت الأول، وقبل موت الثاني، ولا يكون لورثةِ الأول لأنه لمَا جعله حبيساً على موت الثاني جعله كالعارية في حقه بمدة حياته، ولم يكن وقفاً لأن الوقف ما كانَ مؤبداً، ولم يتقدر بمدةٍ فإذا قدر بها خرج عن حكم الوقوف إلى العواري، ولم يكن للورثة أن يرجعوا فحاكم هذه العارية إن جاز الرجوع في العواري لأنها عن وصية ميتهم، فلزمت بموته كسائر الوصايا وليس لهم أن يحتسبوا كسب العبدِ في ثلثِ الميت وإن كان موصى به لدخول كسبه في قيمةِ رقبَتِهِ.

فرعٌ آخر

فلو كانت المسألةُ بحالها فقبل العبد بعد موت الأول قبل موت الثاني مات عبداً لأن صفة عتقه لم تكتمل، وكانت قيمته بين الثاني وورثه الأول، فكانَ لهم أن يحتسبوا بما أخذه الثاني من كسب العبد في ثلث الأول لأنه مأخوذٌ بوصيته، ولم يدخل في قيمة رقبتهِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»: إذا كانَ العَبْد بين اثنين فدبر أحدهما نصيبَهُ فنصيبَه مدبر، ولا قيمة عليهِ لشريكه لأنه أوصى جده بوصية له الرجوع فيها، ولم يوقع العتق، فلم يكن ضامناً لشريكهِ وهذا هو المذهب الذي لا يحتمل غيره ومن أصحابنا من قالَ: فيه قولان: أحدهما، هذا، والثاني يقوم عليه نصيب شريكه وبه قالَ مالكٌ لأن التقويم يستحق بالحرية وبسببها ألا ترى أنه يستحق بالإحبال والتدبيرُ سببٌ للحُرية. وهذا لا يصح لأن الإحبال سبب الإتلاف بخلافِ التدبير، ولهذا لا يمنعُ التدبير البيع عندنا بخلاف الاستيلاد، ولأنهُ بالتدبير كالعازم على عتقه فلا يكون كالإعتاقِ. وقال أبو حنيفة: إذا دبر أحدهما نصيبه فشريكهُ [٢٢/ب] بالخيار من أربعةٍ إن شاءَ ضمنه القيمة، وإن شاءَ استسعى، وإن شاءَ دبر نصيبَ نفسه، وإن شاءَ أعتقَ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»: لو كان العبد بين اثنين، فقالا معاً أو متفرقين متى متنا معاً، فأنت حرٌ

لم يعتق إلاّ بموت الآخر منهما، فلم يحمل الشافعي متى متنا معاً فأنتَ حرٌ على موتهما دفعةً واحدةً لأنه إذا مات أحدهما قبل الآخر يقال: ماتا معاً.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»: وإذا كان العبدُ بين اثنين فدبر أحدهما نصيبَهُ فنصيبُهُ مدبر ولا قيمة عليه لشريكهِ لأنه أوصى لعبده بوصية له الرجوع فيها ولم يوقع العتق، فلم يكن ضامناً لشريكه، إذا قلنا: لا يقوم وهو اختيارُ المزني فماتَ فعتق نصفُه لم يكن عليه قيمة لأنه لا مالَ له إلا الثلث وهو لم يأخذ من الثلث شيئاً غير ما أوصى به وشريكه على شركته من عبده لا يعتقُ إن مات شَريكه الذي دبره، أو عاش.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قلنا: لا يقوم عليه فنصفه مدبرٌ ونصفه عبدٌ قنٌّ لصاحبهِ فإن رجَع السيدُ في التدبير بَطل وصَار العبدُ كله رقيقاً، وإن أعتق الشريكُ الذي لم يدبر نصيبَهُ عتق، وهل يقوّم عليه نصيبُ شريكه؟، فإن رجع هو في تدبيره قوّمت على المعتق حصةَ شريكه وإن كانَ التدبير باقياً فهل يقومُ على المعتق نصيب شريكه المدبر؟ فيه قولان: أحدهما لايقومُ لأنه قد ثبتَ فيها سبَبُ عتق المالك قبل عتقه، والتقويم إنما يراد لتحصيل الحرية، وقد حصل له سببُ الحُرّية فلا يحتاجُ إلى التقويم. والثاني نصَّ عليه في البويطي، وهو الصحيح يقوم عليهِ [٢٣/أ] لأن المدبر بمنزلة العبدِ القن لأن السيدَ يتصرفُ فيهِ كما يتصرّفُ العَبد القن، فإذا قلنا: لا يقوم عليهِ يكون نصفه حُراً ونصفه مدبراً، فإذا ملكُ السيدُ الذي دبَرَهُ عتقَ بموته، فإن رجع في تدبيره بعد ذلكَ بزمانٍ صارَ عبداً قناً، ويقوم على الشريك المعتق الآن قولاً واحداً لأن سبَب الحريةِ بطل، وعلى ما ذكرنا لو كانَ شريكاً في عبدٍ فدبراهُ معاً ثم أعتق أحدهما نصيبه هل يقوم عليه نصيبُ شريكه فيه قولان.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قلنا: يقوم فبعد التقويم فيه وجهان: أحدُهما، قالهُ ابن أبي هريرة يكون رقيقاً ولا يصير مدبراً بالسرايةِ حتى يريدها لأن المقصود من التقويم إزالة الضرر عن الشريك فعَلى هذا إذا ماتَ السيّدُ عتقت بموته الحصة التي دبرها، وهل يَسري عتقه إلى باقيه فيه وجهان، والثاني قالهُ أبو حامد يصير مدبرهُ بسراية التدبير إليها، وإن لم يتلفّظ به فيكون كلّه مُدبراً، وهو المشهور، والأول قولُ أبي حنيفة. وقالَ أيضاً: لو أعتق الشريك الآخر، أو استسعى فعتق بالأداءِ كانَ للمدبر أن يضمنه قيمةَ نصيب نفسهِ ويبطل التدبير وهذا مناقضة حيث جوّز

أحد قيمة المدبر بالتقويم.

فَرْعٌ

لو قالَ لعبده الخالصِ: إذا متُّ فنصفكَ حرٌ انعقد، وهل يسري إلى الباقي؟ فيه، قولان: أحدهما، يَسري كالعتق لأنه يفضي إليه، والثاني وهو المنصوص الصحيح لا يَسري لأن التدبير أضعفُ، وهو كما لو علق عتقَ ذلكَ القدر بصفةٍ بعد موتهِ [٢٣/ب] لا يَسري.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قلنا بالمنصوص: أنه لا يَسْري ومات السيّدُ عتق نصفه بموتهِ عَن تدبير، وَهل يعتق النصف الباقي فيه وجهان من الوجهين، في سراية عتق الحي إلى بقية ملكه هل يسري بلفظه، أو بعد استقرار عتقه فعلى وجهين، فإن قلنا: يسري بلفظِهِ يصير ههنا جميع العبد حُراً يعتق منه نصفه تدبيراً، ونصفه سرايةً والفَرقُ بين أن يجعل التدبير في الحياةِ وبين أن يجعل العتق بالموت سَارياً يظهر إذا رجعَ في تدبير نصفه، فإن جعلنا العتق سَارياً كانَ نصفه الباقي مُدبراً لأن الرجوع لا يسري إن كانَ التدبير يسري، وإن لم يجعل التدبير سَارياً إلى جميعهِ صَارَ بالرجوع في تدبير نصفه عبداً قناً لا يعتق، وإذا قلنا: عتقه في الحياةِ يسري بعد استقرار عتقه في بعضهِ فعلى هذا لا يعتق عليهِ بالتدبير بعد الموت إلا نصفه ويكون نصفه الباقي رقيقاً لورثته.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ ابن الحداد: إذا قالَ أحد الشريكين: نصيبي من هذا العبد حرٌ بعد موتي وأعتقوا الباقي من ثلثي، وقال الآخرُ: إذا عتق نصيبُكَ فنصيبي حرٌ عتق نصيبُ الأولِ وقوّم الباقي من ثلثِهِ لأنه استحقَ ذلك بوقوع عتقه كما لو قال أحدُ الشريكين: إذا عتق نصيبُكَ فنصيبي حرٌ، فأعتق الآخرُ نصيبَهُ قُوّمَ عليهِ الباقي ولم ينفذ عتق الآخر.

مسألةٌ: قالَ: ولو قالَ سَيّدُ المدبرِ: قَد رجعتُ في تَدبيركَ أو نقضتُهُ، أو أبطلتُه لم يكنْ ذلكَ نقضاً للتدبير.

الفَصلُ

جملةُ هذا أن الرجوع عن التدبير جائزٌ قولاً واحداً وسواءُ كانَ مُحتاجاً [٢٤/أ] إلى الرجوع أو غير محتاج إليهِ وبأي لفظٍ يصح الرجوع اختلف فيه قول الشافعي قالَ: في «القديم» وأحد قوليه في «الجديد» إذا قالَ: رجعتُ في تدبيره أو أبطلته أو نقضتُه أو فسختُه

كان راجعاً في التدبير، ومبطلاً. وهذا اختيار المزني والقاضي الطبري وجماعةٍ، وقالَ: في أكثر كتبه الجديدة لا يكون راجعاً فيه إلا بإخراجه من ملكه ببيع وغيرهِ. وهذا اختيارُ أبي إسحاقَ. وقالَ القفالُ: أصل القولين أنه وصيةٌ أو عتق بصفةٍ فإن قلنا وصية يجوز الرجوع عنها بالقول وإن قلنا عتق بصفة لا يجوز ذلك ووجهُ القول الأولِ أنه جعل له نفسه بعد موته فَكان ذلكَ وصيةً بهِ فجاز الرجوع بالقولِ كما لو أوصى به للغير. ووجهُ القول الثاني: أنه علق عتقه بصفةٍ، فلا يملكُ إبطالها مع بقاء ملكه كمَا لو قالَ: إن دخلت الدارَ فأنت حرٌّ. واحتجّ المزني على اختيارهِ بما قالَ الشافعي رضي الله عنه لو قالَ: إن أدى هذا المدبر بعد موتي كذا، فهو حرٌّ كانَ رجوعاً عن التدبير، ولم يزل بذلك ملكه قلنا: قالَ ابن أبي هريرةَ وصاحبُ الإفصاح هذا على أحد القولين فأمّا على القول الآخر لا يكون رجوعاً، واحتج أيضاً بأن قالَ: قالَ الشافعيُّ: لو وهبَهُ هبة بتاتٍ قبضَ، أو لم يقبض أو رجع فهذا رجوع في التدبير قلنا: قالَ أصحابنا إن كان قد أقبضه، فهو مبني على القولين. ومن أصحابه من قالَ: يكون رجوعاً قولاً واحداً وهكذا في المسألة السابقةِ ولا ينبني على القولين لأن الهبة قبل القبضِ [٢٤/ب]، وإن لم يزل الملك في الحالِ، فإنها تفضي إلى زوالِ الملكِ وهذا اختيارُ القاضي أبي حامدٍ. وقال في «الجامع»: ولا يصحُ الرجوع عن التدبير إلاّ بإخراجه من ملكه في أظهرِ قوليهِ في «الجديد» وينتقض التدبير على هذا القول بكل عقدٍ يؤدي إلى خروجهِ من ملكه وإن لم يتم، فإذا وهبَهُ هبة بتاتٍ قبضهُ الموهوب له أو لم يقبضه رجعَ في الهبةِ أو لم يرجع أو أوصى بهِ لرجل أو تصدق به عليهِ، أو قالَ: إن أدى بعد موتي كذا فهو حرٌّ فهذا كله رجوعٌ في التدبير، ولم يذكر فيه اختلاف أصحابنا، وجعل ذلكَ على القول الصحيح رجوعاً. وهذا نقله من كتاب المدبر من «الأم» بعينهِ فبطل بذلكَ ما قال أصحابنا: من بناء ذلكَ على القولين في كلتا المسألتين ولهذا احتجَ بهِ المزني على الشافعي.

وقد نقل البويطي عنه والرجوع في المدبر لا يكون إلا بالبيع أو الهبةِ، أو تحويله إلى غير ملكه لأن النبي ﷺ إنما باعَ، والبيعُ خروجه من ملكه وليس الرجوع بالكلام ثم قال بعده بمسائل، ولو قالَ الرجل لمدبره إذا أدى بعد موتي كذا وكذا فهو حرٌّ، فهو رجوعٌ في التدبير واحتجَ المزنيُّ أيضاً بأن قالَ: إذا كانَ التدبيرُ وصيةً، فلم لا يرجع في الوصية لو جاز أن يخالفَ من هلكَ فيبطل الرجوع في المدبر ولا يبطل في الوصية لمعنىً اختلفا فيه جاز عليه بذلكَ المعنى أن يبطل بيع المدبر ولا تبطل الوصية فيصير إلى قولِ من لا يبيع المدبر، ولو جاز أن يجمع بين المدبر وبين الأيمان في هذا الموضع لجاز إبطال عتق المدبر لمعنى الحنث لأن الأيمان لا يجبُ الحنثُ بها على الميت.

أراد المزنيُّ [٢٥/أ] بهذا أن التدبير لو كان كالعتق المعلق بالصفةِ حتى لا يجوز

الرجوعُ عنهُ بالقولِ لما عتق المدبر بصفةٍ توجد بعد الموت إذ لا حنث على ميت.

ثم قالَ المزنيُّ: وقوله في «الجديد» و«القديم» بالرجوع فيه كالوصايا بعدك مستقيمٌ لا يدخل عليه منه كسرٌ بتعديل أي كسر يحتاجُ فيه إلى التعديلِ.

والجوابُ: أن التدبير وإن شاكَل الوصايا في كونه من الثلثِ، فهو في نفسه تعليقُ عتقٍ بصفةٍ، وأجمعنا أن السيد لو علق عتق عبدهِ بصفةٍ لم يكن له الرجوعُ بالقولِ كذلكَ ههُنا.

واعلم أن المزنيَّ توهّم أن التدبير من باب الأيمان عند من لا يجوز الرجوع عنهُ بالقول، وأن العتق يحصلُ فيه بالحنثِ حتى قالَ: لو جازَ أن يجمع بين التدبير والأيمان لجاز إبطال عتقِ المدبر إذ لا حنث على ميّتٍ. وقد غلط في هذا الوهم لأنا لا نلحقه بالأيمانِ وإنما نلحقه بعتق معلقٍ بصفةٍ على غير جهةِ اليمين وتعليق العتق بالصفةِ على ضربين، وكذلكَ تعلق الطلاقِ بالصفةِ أحدُهما أن يُعلقَ بصفةٍ بمنع نفسهُ عن شيء أو للحنث أو للتصديقِ وهذا الثلاثة في أوصافِ الأيمانِ إما المنع، فمثل أن يقولَ: إن دخلت الدار فانتَ حرٌ. وأمّا الحنثُ فمثل أن يقول: إن لم أدخل هذه الدار غداً فأنت حرٌ. وأمَّا التصديقُ فمثل أن يقول: إن كنت دخلت هذه الدار بالأمس فأنتَ حرٌ، فهذا كله ليس بتدبير من هذا القسم.

والضربُ الثاني، أن يقولَ: إذا جاءَ رأسُ الشهرِ فأنتَ حرٌ فهذا تعليق عتق بصفةٍ لا على معنى اليمينِ؛ إذ ليسَ فيه منعٌ ولا حنثٌ ولا تصديقٌ، والتدبير يلحقُ بهذا الضربِ؛ إذ ليسَ منهِ [٢٥/ب] منعٌ، ولا حنثٌ ولا تصديقٌ اللهم إلا أن نجعل التصديقُ معلّقاً بوصف، فيقول: إن دخلت الدار فأنتَ حرٌ بعد موتي فهو حينئذٍ حالفٌ في قوله: إن دخلت الدار وليس بحالفٍ في قوله: أنتَ حرٌ إذا متُّ فَصار التدبيرُ في جميع الأحوال غير ملحق الأيمان، وإن كانَ ملحقاً بالعتقِ المعلق بالصفةِ، فإن قالَ: لو كانَ عتقاً بصفةٍ لبطل بالموت، قلنا: إنه لا يبطل بالموتِ لأنهُ قيّد بالموتِ وهذا كالوكالةِ تبطل بالموتِ ولا تبطل الوصاية بالموتِ لتقييدها بالموتِ.

فرعٌ

قالَ في البويطي: والكتابةُ في الصحة والمرضِ ليس برجوع عن التدبير إنما هي شبه الخراج يجعله عليهِ، وإذا جعل عليهِ شيئاً من بعد موته فإنما جعل عليهِ شيئاً لورثته بعد زوال ملكه فكانَ رجوعاً. وقالَ القاضي أبو حامدٍ: إذا كاتبه سُئِلَ عن كتابته فإن أرادَ بها رجوعاً في التدبير كانَ راجعاً في أحد قوليهِ دون الآخر، وإن قالَ: أردتُ إثباته على التدبير فهو مدبرٌ مكاتبٌ في القولين معاً، فإن أدى قبل موته عتق بالكتابةِ، وإن ماتَ السّيدُ عتق بالتدبير

إن احتمله الثلث وإن لم يحتمله عتق منه مَا حمل الثلث وبطل عنهُ من الكتابةِ بقدره وكان عليهِ ما بقي من كتابتهِ يسعى فيها حتى يؤدي فيعتق، أو يعجز فلم يجعل الشافعي الكتابةَ رجوعاً عن التدبير على قوله الجديد كما جعل البيع لأن الكتابةَ لا تزيل ملكه عن الرقبَةِ في الحالِ، وإنما تزيل ملكه عن كسبه ولأن الكتابةَ عقدٌ على منفعةٍ له يستوفيها بالاستخدامِ فعلى هذا إن أدى مال الكتابةِ عتقَ وإن لم يُؤدِ حتى ماتَ عتق بالتدبير على ما تقدّمَ بيانُه. وقال بعض أصحابنا: إن قُلنَا: التدبيرُ وصيةٌ بطل بالكتابةِ كما لو أوصى بعبد ثم كاتبَهُ، وإن قلنا: عتقٌ بصفةٍ لم يبطل وتعلق عتقه نصفين. وقال صَاحب «الحاوي» هكذا ذكره أبو حامدٍ وهذا عندي لا يصحُ، وإن أجري مجرى الوصيّةِ لا تكون الكتابة رجوعاً فيهِ لأن الرجوع إبطالُ العتق والكتابة مفضيةٌ إلى العتق فتناسب التدبير ولم تضَادهُ.

فَرْعٌ آخرُ

لو دبر المكاتب كان جائزاً فإن أدى قبل موت السيدِ عتق بالكتابة، وإن ماتَ السيدُ ولم يؤدِ شيئاً عتق بالتدبير وبطل ما عليهِ من النجوم إذا احتمله الثلث، وإن لم يحتمله عتق منه ما حمل الثلث، وقد قالَ أبو حامدٍ: إذا عتقَ بالتدبير بطلت الكتابةُ وأراد زوالَ العقد دون سقوطِ أحكامهِ حتى يتبعه ولدهُ وكسبُه.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»: لو دبرَهُ ثم أوصى بنصفه لرجلٍ كانَ النصف للموصى له بهِ وكانَ النصف مدبراً فإن ردَ صاحبُ الوصيةِ ومات السيّدُ المدبر لم يعتق من العبدِ إلا النصف لأن السيدَ قد أبطل التدبير في النصفِ الذي أوصى به، وكذلك لو ذهبَ نصفَهُ، أو باعه وهو حي فقد أبطل التدبيرَ في النصفِ الذي باعه، أو وهبَه، والنصفُ الثاني مدبرٌ.

فَرْعٌ آخرُ

لو رجع في تدبير ربعه، فإن قلنا: إن التدبير كالوصيّةِ يجوز وإن قلنا: كالعتق بالصفةِ لا يجوز، فإذا قلنا: يجوز فما رجع فيهِ يكون رقيقاً، وما لم يرجع فيه يكون مدبراً، ومن أصحابنا من قالَ: لا يجوز الرجوع في تدبير نصفهِ إذا قلنا: تدبير بعضهِ [٢٦/ب] يَسري إلى كلهِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ: رجعتُ في تدبير رأسكَ فيه وجهان: أحدهما، يكون كالتصريحِ بالرجوع في

كله لأنه قد يعبّرُ عنه بالرأس، فيقالُ: رأسٌ من الرقيق، والثاني: لا يكون رجوعاً في شيء منهُ لأن التدبير صَريحٌ في جمعهِ والرجوعَ كنايةٌ محتملةٌ في بعضهِ، فلم يبطل حكم الصريح بالإجمالِ ويخالف الرجوع في نصفهِ لأنه صَريحٌ في مقدر قابلٍ صريحاً عاماً.

فَرْعٌ آخرُ

لو عرَضَهُ على البيع هل يكون كالتصريح في الرجوع فيه وجهان: أحدهما، هو كالتصريح لأنهُ شروعٌ في إخراجه من ملكه، والثاني، لا يكون تصريحاً وتدبيره بعد العرض باقٍ لأنه يحتمل أن يريد بهِ معرفة قيمته، وقيل: إنه مبني على القولين في أنه كالوصيةِ، أو كالعتقِ بالصفةِ.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قلنا: لا يكونُ رجوعاً إلا بالإخراج عن ملكه فوقفَهُ كان رجوعاً لأنه أخرجَهُ بهِ عن ملكهِ.

فَرْعٌ آخرُ

رهنَهُ ففي صحةِ رهنه ثلاثة أقوالٍ، أحدها: باطل على القولين سواءٌ قلنا: إنه كالوصيةِ، أو كالعتقِ بصفةٍ، والثاني: أنه جائز على القولين، والثالث: إن قلنا كالإعتاق بصفة فيه وجهان، لأن الرهنَ يفضي إلى بيعهِ، فإذا قلنا: لا يجوز الرهن، فإن قلنا: كالعتق بصفةٍ لم يبطل تدبيره، وإن قلنا: كالوصيةِ هل يبطل تدبيره فيه وجهان، لأنه تعريضٌ لبيعهِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ: بعضُكَ مدبرٌ ومات يرجعُ إلى الورثةِ فإن اتهمهم العبدُ أحلفهم على العلم.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ المدبر رددتُ التدبير في حياةِ السيّدِ، أو بعدَهُ كان مُدبراً بحالهِ، [٢٧/أ] ولا يؤثر قوله في ذلكَ.

فَرْعٌ آخرُ

لا يجوز تَدبيرُ أمِ الولدِ لأن الذي يقتضيه التدبير هو العتق بالموتِ، وقد استحقَ ذلكَ بالاستيلادِ فلم يفد التدبيرُ شيئاً إذا دبرها ثم مات عتقت بالاستيلادِ من رأس المالِ.

فَرْعٌ آخَرُ

قالَ في «الأم»: لو دبر رجل عبده، ثم قالَ: اخدم فلاناً ثلاث سنين وأنتَ حرٌ، فإن خرسَ السيد أو ذهبَ عقلهُ قبل أن يسأل لم يعتق العبد أبداً إلا أن يموت السيد وَهو يخرج من الثلث، ويخدم فلاناً ثلاث سنين، فإن مات فأبان قبل موت السيدِ أو بعدَهُ، ولم يخدم ثلاث سنين لم يعتق أبداً لأنه أعتقَهُ بشرطين، فبطل أحدهما، وإن سئل السيد، فقال: أردتُ إبطال التدبير، وأن يخدم فلاناً ثلاث سنين ثم هو حرٌ فالتدبيرُ باطلٌ، فإن خدم فلاناً ثلاث سنين فهو حرٌ وإن ماتَ فلانٌ قبل أن يخدمهُ، أو لم يخدمه العبدُ لم يعتق، وإن أرادَ السيدُ الرجوع في الإخدامِ رجعَ فيهِ، ولم يكن العبدُ حراً، وإن قال: أردتُ أن يكون مدبراً، وأن يخدم فلاناً ثلاث سنين فالتدبير بحالهِ، ولم يعتق إلا بهما. قال القاضي أبو حامدٍ: معناهُ أن يخدمه في حياه السيدِ ثلاث سنين ثم يموتُ السيدُ فيعتق بهما.

فَرْعٌ آخَرُ

قالَ أيضاً: ولو قال السيدُ على هذا المدبر خدمة عشر سنين بعدَ موتي ثم هو حرٌ، أو هو حرٌ بعد موتي لسنةٍ فإن خدم عشر سنين بعد موته، أو أتت عليه سنةٌ بعد مَوتِهِ فهو حرٌ، وإلا لم يعتق، قالَ الشافعي رضي الله عنه: وَكلَ هذا وصيّةٌ [٢٧/ب] أحدثَها له وعَليهِ بَعد التدبير، فتكون أولى من التدبير كما لو قالَ: عندي هذا لفلانٍ، ثم قال: بل نصفه لم يكن إلا نصفه.

فَرْعٌ آخَرُ

قال: ولو قال رجل عندي لفلانٍ، ثم قال بعدَ ذلك: عندي لفلانٍ إذا دفع إلى ورثتي عشرةَ دنانير أو إلى غير ورثتي، فإن دفع عشرةَ دنانير فهو له وإلا لم يكن له لأنه إحداث له، وعليه بعد الأولى، فينتقض الشرطُ في الأولى، والآخرة أحق من الأولى، وقالَ القاضي الطبريُّ بأن المسألتان ذكرهما في «الأم» في هذا الباب. وهما من جنس ما قالَ أصحابنا: إنه لا يكون رجوعاً في أحدِ القولين وقد جعلهما الشافعي رجوعاً، والصحيحُ ما اختاره المزنيُّ من جواز الرجوع بالقولِ كما يجوز الرجوع في الوصايا وهو معتدلٌ مستقيمٌ، كما قال، والله أعلم.

وعلى هذا لو قالَ للمدبر: إذا متُّ فدخلت الدار فأنتَ حرٌ كانَ رجوعاً عن التدبير، ولو قال: إن دخلتَ الدار فأنتَ حرٌ وأطلقَ، لا يكون رجوعاً بل زاد أمراً آخر يعتق بهِ.

مسألةٌ: قالَ: وجنايةُ المدبرِ كجنايةِ العَبدِ.

الفصلُ

الكلامُ في هذا في جناية المدبرِ، والجنايةُ عليهِ، فأمَّا جنايتَهُ فيتعلقُ أرشها برقبتهِ كالعبدِ القن سواءً لأنهُ لما كانَ كالعبدِ في جوازِ تصرّفِ السيد في رقبتهِ كانَ مثله في تعلقِ الأرشِ برقبته، فإذا تعلق الأرشْ بها كانَ السيدُ بالخيار بين أن يفديه وبين أن يسلمه للبيع كما يكون له الخيار في العبدِ القن [٢٨/أ] فإذا اختارَ الفداءَ فبكم يفدى فيه؟ قولان: أحدُهما، بالأقل من قيمته والأرش، والثاني: بالأرش بالغاً ما بلغ أو يسلمه للبيع كما قلنا في العبد القن سواءً، فإن فداهُ السيدُ، فالتدبير بحالهِ وإن سلمه للبيع فبيع في الجنايةِ يبطل التدبير بزوالِ ملكه عنه، فإن عاد إلى ملكه بابتياعٍ أو بهبةٍ أو غيرِ ذلكَ، فهل يعود التدبير، فإن قلنا: إنه كالوصيةِ لا يعود التدبير؟ وإن قلنا: إنه كالعتق بصفةٍ ففيه قولان: كما لو قالَ لعبده: إن دخلت الدار فأنت حرٌ، ثم باعهُ ثم دخل الدار هل تعود اليمين بعود الملك، فيه قولان، وقال أبو حنيفة: يلزمهُ الفداء كما في أم الولد إذا حنث إذ لا سبيلَ إلى بيعه عنده.

فرعٌ

لو بيع بعضهُ في الجناية بطل التدبير في ذلكَ البعض، والباقي مدبرٌ بحالهِ لأن الجناية لم تخلص إليه.

فَرْعٌ آخرُ

لو ماتَ السيدُ قبل البيع والفداءِ فهل يعتق؟ هو مبنيٌّ على القولين في العبدِ الجاني إذا أعتقه سيدُه. هل ينفذُ أم لا، وفيهِ قولان، فإن قلنا: ينفذ العتقُ المباشر ينفذ العتق بالصّفةِ، وإن قلنا: لا ينفذ ذاكَ لا ينفذُ هذا، فإذا قلنا: بالنفوذِ أخذ من تركتهِ أقل الأمرين من الأرشِ، أو القيمة ويسلم إلى المجني عليهِ لأن عتقُهُ كان بسبب منهُ، وإن قلنا لا ينفذُ فوارثُهُ يقومُ مقامَهُ في الفداءِ والتسليم ليباع، فإن فدوهُ يعتق من الثلث.

فَرْعٌ آخرُ

لو جنى المدبر بما يستغرق ثلث الرقبة مثلاً ومات السيدُ قبل الفداءِ ففدَى الوارث من مالهِ ذلكَ الثلث، ففي ولاءِ ذلكَ الثلث وجهان، قالَ ابن سريج: هو للوارثِ. [٢٨/ب] وقال القفال: عندي قولٌ آخرُ إن كل الولاءِ للميت بناءً على القولين في إجازة الورثةِ هل هي تنفيذ أو ابتداء عطية لأن هذا النداءَ من الورثة كالإجازةِ فإنه متمم به قَصد الموروث وكانا في أحد الوجهين يجعل كأنه بيع ثم اشتراهُ الوارث، فأعتقهُ فيكون الولاءُ له، وفي الثاني: جُعل تتميماً للتدبير وهما كالوجهين فيما قالَ الشافعي في عبدِ مرهونٍ جنا ففداه المرتهنُ

بشرط أن يكونَ العَبدُ عنده وثمناً بأصل المالِ وبهذا الفداء قال الشافعيُّ: جاز، فمن أصابنا من قالَ: هكذا إذا جوزنا الزيادةَ في الحق بالرهنِ الواحد، ومنهم من قالَ: وإن لم نجوّز ذلكَ لأنه لما أشرفَ على الزوالِ والبيعِ في الجناية جعل ابتداءُ عقد رهن جديد، وكذا الوجهان، فيمن باع شجرةً واستثنى لنفسهِ الثمرة مثلاً قبل الإبار بل يحتاج إلى شرط القطع، فأحد الوجهين يحتاج إليه كما لو باع الكل ثم اشترى الثمرة، والثاني: لا يحتاج إلى شرطهِ لأنه استبقاء لها وليس بابتداءِ شراء فلا حاجةَ إلى شرطِ القطع.

فَرْعٌ آخَرُ

لو جنى على المدبر فإن كانت على الطرفِ فالأرش للسيدِ بلا خلافٍ والتدبيرُ بحالهِ، وإن جنى على نفسه بطل التدبيرُ لفواتهِ ولا يتعلق التدبير بقيمتهِ لأنه لا يصحُ أن يكونَ القن مدبراً ويفارقُ العبد المرهون إذا قتل حيث قلنا: تجعل قيمته رهناً لأنه يصح أن يتعلق حكم الرهن بالقيمة ابتداءً وهذا الفَرقُ ضعيفٌ لأنه يبطل بالعبدِ الموقوفِ إذا قُتِلَ [٢٩/أ] نُشتري بقيمتهِ عبدٌ يكون وقفاً في أصح الوجهين، وإن كانت القيمَةُ لا يصح وقفها، والفَرقُ الصحيح أن الرهنَ لازمٌ يتعلق الحق ببدلهِ، والتدبير ليس بلازمٍ لأنه يمكنه إبطاله بالبيع فلم يتعلق ببدلهِ.

فَرْعٌ آخَرُ

إذا دَبّرَ أمةً حاملاً فحنتَ يتعلقُ أرش جنايتها برقبتها دونَ حملِهَا، فإن فداها السيدُ كانَ التدبيرُ باقياً فيها، وفي حملها، وإن إن لم يفدها، وأرادَ بيعها، فإن كانَ بعد ولادتها كان الولد خارجاً من بيعهِ في الأرشِ، ولم يجز أن يفرّق بينهما في الملكِ فتبَاعَ معَ ولدها ويكون ثمن الأم مستحقاً في الأرش، وثمن الولد خالصاً للسيدِ، وإن كانت وقت البيع حاملاً لم يلزم مستحق الأرش أن يؤخّر بيعها لأن حقه معجلٌ ولم يجز استثناء حَملها في البيع لأن بيع الحامل دونَ حملها باطلٌ وبيعت حاملاً وكان جَميع ثمنها مستحقاً في الأرشِ، إن قلنا: لا قسط للحملِ من الثمن في البيع، وإن قلنا: له قسطٌ ففيه وَجهان: أحدهما، يدفع إلى السيدِ ما قَابل ثمن الحمل، والثاني، وهو الأظهرُ أنه يدفع كل الثمن إلى مستحق الأرش لأنه لما لم يجز أن يتميز في البيع لم يجز أن يتميز في الثمنِ وصار الحمل في حق السيدِ كالمستهلكِ، ولو ضَرب بطنها قبل البيع فألقت جنيناً كانت ديتُه للسيّدِ دونَ مستحقّ الأرش بلا خلافٍ.

مسألةٌ: قالَ: ولو ارتدَّ المدبرُ ولحِقَ بدارِ الحربِ.

الفصلُ

صورةُ المسألة: أن يدبر عبداً ثم ارتد العبد فالتدبير لا يبطل بارتدادهِ لأنه لم يزل ملكه عنهُ، فإن لحقَ بدارِ الحربِ فظهر المسلمون على الدارِ لم يجز أن يسترقوهُ سواء كان السيد حياً أو مات لأنه إن كانَ [٢٩/ب] حياً فهو على ملكهِ، ولا يجوز أن يملكَ مال المُسلم بالقهرِ، وإن كانَ السيدُ ميتاً فقد عتق بموتهِ وثبتَ عليهِ الولاءُ، فلا يجوز إبطال حقهِ الثابت عليه، ولو غنم المشركونَ مدبراً مسلماً ثم عاد إلى يد المُسلمينَ فهو مدبرٌ كما كانَ، ووافقنا أبو حنيفةَ فيهِ وعذرهُ أن حق العتاق ثبتَ فيهِ فلا سَبيل إلى إبطاله بالاغتنام وإن وجده السيدُ بعدمَا قسَمَهُ الإمام فإن الإمام لا ينقص القسمة ويعوض من حصل هذا العبدُ في قسمهِ بقدر قيمتهِ من بيت المال، فإن لم يكن في بيت المال شيءٌ نقضَ القسمةَ لموضع الضرورة ورد على صَاحبهِ وقسمت الغنيمةُ دونَهُ.

فرعٌ

لو دبر الذمي عبده ذمياً ثم مات، فلحقَ بدار الحرب وسباهُ المسلمون فهل يجوز استرقاقُهُ؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز لأن فيه إبطال حق الذمي من الولاءِ، والثاني: يجوز لأن سيده لو لحق بدار الحرب يجوز استرقاقُهُ، فكذلكَ عبده ويخالفُ عبد المسلم لأن المسلم لو ارتد ولحق بدار الحرب لم يجز استرقاقه ويمكن أن يفرق بين لحوقه بدار الحرب وبين لحوق عبده بأنه إذا لحق بدار الحرب لم يكن ذمياً فجاز استرقاقه، وإذا لحق عبده فحكم الذمية باقٍ فيه وفي مالِه وحقوقهِ فافترقا.

مَسْألةٌ: قالَ: لو أنَّ سيدَهُ ارتدَّ فماتَ كانَ مالُهُ فيئاً والمدبرُ حراً.

اختلف أصحابنا في هذا على طرقٍ، فقال أبو إسحاق: الأمرُ على ما نص عليهِ الشافعي قولاً واحداً لأنه استحق الحريّةَ [٣٠/أ] بالتدبير السابق في حالةِ الإسلامِ فَلا يبطل بالردةِ المعارضة، يُؤكدهُ أن الردة إنما تؤثر في العُقودِ المستقبلة لا في الماضيةِ كما لو باعَ أو وهبَ ثم ارتد لا يؤثر في ذلكَ، ومن أصحابنا من قالَ: هذا مَبنيٌّ على زوال ملكِ المرتد وفيه طريقان: أحدهما، فيه قولان: أحدهما: ملكه باقٍ إلى أن يقتل، أو يموت، والثاني: ملكه موقوفٌ.

والثانيةُ: فيه ثلاثة أقوالٍ اثنان ما ذكرنا، والثالث يزول ملكُهُ بنفس الردةِ، فإذا قلنا بهذا بطل التدبير بزوال ملكه، وإذا قلنا: ملكه ثابت أو مراعىٰ فالتدبير على ما كانَ عليهِ، قالَ: القائل ونص الشافعيُّ في القديم على قولين، فقالَ: إذا دبر عبداً ثم ارتد، فيه قولان: أحدُهما: لا يعتق لأن ماله صار كالمستحق بالردةِ، والثاني: يعتق إذا مات السيد، أو قتل،

وذكر القفالُ: أنا إذا قلنا: ملكهُ موقوفٌ يكون التدبير موقوفاً وهذا أصح. ومن أصحابنا من قالَ: المسألة على قولٍ واحدٍ أنها لا يعتق وخالف المنصوصَ، ووجهُه أن المدبر يعتق من الثلث فيحتاج أن يحصل للورثة ثلثا المال حتى يعتق، وههنا لا يحصل للورثة شيءٌ، فإن المال ينقلب إلى بيت المالِ فيئاً فلا يعتق المدبر، وهذا غلطٌ لأنه يعتبر خروج المدبر من الثلث ولا يعتبر حصولُ الثلثين للورثةِ المناسبين وههنا يحصل الثلثان لمن يستحق المال وهم المسلمون الذين يقومون مقامَ المناسبين ومن قالَ بهذه الطريقة الأخيرة، قالَ: وصاياهُ أيضاً تبطل بموته على الردةِ [٣٠/ب] على جميع الأقوال لهذه العلّةِ وَهو غلطٌ لما ذكرنا، وقال في «الحاوي»: إذا قلنا: زال ملكه هل يبطل تدبيره؟ فيه وَجهان: أحدهما، يبطل فإن عاد إلى الإسلام، فإن قلنا: يجري مجرى الوصيةِ لم يعد إلى التدبير وإن قلنا: يجري مجرى العتق بالصفةِ، فهل يعود إلى التدبير؟ فيه قولان، والثاني: لا يبطل تدبيره لأنه سبقَ في ملك يجوز فيه تصرفه: فعلى هذا إن خرج من ثلثه عتق بموته، أو قتله، وإن عجز عن الثلث، ولم يملك سواهُ فيه وجهان: قال البصريون: يعتق ثلثه ويرق ثلثاهُ لكافة المسلمين لأنهم يقومون في مالهِ مقامَ ورثته فلم يعتق في حقهم حتى يصل إليهم ثلثاهُ، وقالَ البغداديون: وهو الأظهر عندي يعتق جميعه لأن مال المرتد ينتقل إلى المسلمين فيئاً لا إرثاً، معتبراً، والثلث في الميراث دون الفيء، واختار الشافعي في المرتد: أن ملكه موقوف كما يوقف دمه على ثبوتهِ، واختارَ المزني أنه باقٍ، وبه قال أبو يوسفَ محمدٌ، وقد ذكر الشافعي فيما نقله المزنيُّ أنه قال: ملكهُ بالردةِ خارج عن تصرفهِ لاعن ملكه فليسَ في الملكِ إلا قولان موقوفٌ أو ثابتٌ، وقيل: أرادَ خروجه عن ملكه، ففي الملك ثلاثة أقوالٍ، وقد تقدم الكلام في هذه المسألةِ في مواضع، ولا بدّ من الإشارةِ إلى هذا القدر في هذا الموضع.

مَسْألةٌ: قال: ولَو دبرهُ مرتداً.

يعني إذا ارتد ثم دبر عبداً فيه ثلاثة أقوالٍ منصوصةٍ [٣١/أ] في «المختصر»: أحدهما: باطلٌ، والثاني: جائزٌ، والثالث: موقوفٌ. ولاَ يختلف أصحابنا في تصرفِ المرتد بالتدبير وغيره أنه على هذه الأقوالِ الثلاثة، وإنما اختلفوا في الملكِ على طريقين، فإذا قلنا: ملكه موقوفٌ فتصرفه موقوفٌ، وإذا قلنا: ملكه ثابتٌ، ففي تصرفهِ قولان: أحدهُما: جائز، والثاني: باطلٌ، لأنه كالمحجورِ عليهِ، وقد قال الشافعيُّ: أشبَهُ الأقوال أنه يزول ملكه بنفس الردةِ وتصرفه باطلٌ، وبه أقولُ لأن حرمة النفسِ أكثر من حرمةِ المال، وقد زالت حرمةُ نفسهِ لكفره فحرمة مالهِ أولى.

واعلم أنه على كل حال يستحق الحجر في تصرفهِ بالردةِ وبهذا يصير محجوراً عليه ففيه وجهان: أحدهما: بنفس الردةِ، وهو إذا قلنا: زال ملكه، والثاني: لا حجر إلا بحكم

الحاكم وتصرفه باطلٌ من التدبير وغيره بعد الحجرِ قولاً واحداً. وقال أبو إسحاق: تصرفه بعد الحجر باطلٌ إلا الوصيةِ فإنها من تصح المحجور عليه، والتدبير في أحدِ القولين كالوصيةِ وأما بيعه وكاتبه قبل الحجر هل يوقف؟ فيهِ وجهان: أحدهما: باطل لأن العقد لا يقبل الوقف، والثاني: جائزٌ، لأنه موقوفٌ على النسخ دونَ الإمضاءِ كالوقف في مدة الخيار، وقالَ بعض أصحابنا بخراسان: إن كانَ التدبير قبل الحجر؛ فإن قلنا: الملك باقٍ صح التدبير، وإن قلنا موقوف فقولان أحدهما: باطل، والثاني: موقوف وهما قولا وقف العقود، وإن كان بعد الحجر فإن قلنا: ملكه زائلٌ لا يصح وإن قلنا: باقٍ، ففيه قولان بناء على تصرفاته من البيع والهبة ونظيرُهُ [٣١/ب] القولان في تصرفات المفلس بعد الحجر عليهِ، أحدهما: باطلة، والثاني: موقوفةٌ، والصحيحُ ما ذكرنا أولاً واحتجَ المزني على ما اختاره بأن الشافعي قالَ: إذا كاتب المرتد عبده جاز فدل على أن ملكه ثابتٌ. قلنا: قد ذكرنا حكم كتابته، وقيل: فيه قولان، فإن قلنا: ملكه زائل أو موقوفٌ فباطلةٌ، وإن قلنا: ملكه باقٍ فجائز، وقالَ أبو إسحق في الكتابةِ أيضاً ثلاثة أقوال، لأن الكتابة عقد يدخله الغرر، واحتج أيضاً بأن الشافعي اختار أن ينفق من مال المرتد ما يلزم المسلم نفقته فلو كان ماله خارجاً عن ملكه لما أمرَ بذلك لأنه لا يجوز أن ينفق من مال الغير، قلنا: قال الاصطخريُّ: لا ينفق عليه ولا على عيالهِ ولا يؤدي منه أروش جناياتهِ لأنه مالٌ الغير وسائر أصحابنا سَلموا كل ذلك واعتذروا أنه أحق بذلكَ من بيت المالِ، وإن كانَ ملكه زائلاً عنهُ وعليه نص الشافعيّ، وَلأن نفقة من يلزمهُ نفقته إنما أخذناها من مالهِ لأن سبب وجوبها سائق واحتج أيضاً بالمدبر، ولا يصح ذلك لأن حريته معلقةٌ بموتهِ، والارتدادُ ليس بموتٍ وإن كان في بعض الأحكام كالموتِ. وَاحتج أيضاً باستصحاب الحالِ، فقالَ: مع أن ملكه له بإجماعِ قبل الردةِ، فلا يزول ملكه إلا بإجماعٍ، وهو أن يموت، قلنا: نحنُ لا نزيل ملكه بعد الردة حيث انعقد الإجماع على ملكه، وهو في حالِ إسلامه، وإنما نزيلُ ملكهُ بعد الردةِ، وليسَ بعد الردةِ إجماعٌ. واحتج بأنه لو خرج عن ملكه لصارَ فيئاً كما بعد موته، قلنا: لأنه معرض أن يعود إليهِ كمن ماتت له بهيمة فالجلد معرض أن يعود إلى ملكه لما عادَ بالإسلامِ [٣٢/أ] قلنا قد يعودُ كالعصيرِ يصير خمراً ثم يصير خلاً فيعودُ الملك فيه.

مَسْألةٌ: قالَ: ولو قالَ لعبدهِ: متَى قَدمَ فلانٌ، فأنتَ حرٌ فقدِمَ، والسيدُ صحيحٌ أو مريضٌ.

الفَصلُ

إذا قالَ: هذا فقدم والسيدُ مريضٌ، فمات عتق من رأس المالِ لأنه غير متّهم فيهِ لأنه

لا يعلم هل يوافقُ قدومه مرضه أو صحته. وقالَ القفالُ: فيه قولٌ أخرٌ يكون من الثلث، وهو قول أبي حنيفةَ لأن نفوذَ العتق كانَ في مرض الموتِ وهما كالقولين في رجلٍ قالَ: إن قدم فلان فأنت طالقٌ فقدم فلانٌ وهو مريضٌ مرضُ الموت هل يجعل كأنه طَلقها في المرضِ أم لا يجعل كذلك؟ فيه قولان: وقالَ أبو حنيفة: ههنا يجعل كأنه طلقها في الصحةِ حتى ترث بخلافِ ما لو قالَ في العتق إنه من الثلث وعندي إطلاق القولين خطأٌ، وينبغي أن يقال: فيه وجه لبعض أصحابنا وكذلكَ الحكم في الطلاقِ. ولو قالَ: إذا مرضتُ فأنت طالقٌ ثلاثاً فمرضَ وماتَ منه طلقت وهل ترثه؟ قولان كما لو ابتدأ الطلاق في حالةِ المرضِ وعلى هذا لو باعَ الصحيحُ حابى وشرط الخيار لنفسهِ ثم مرض في مدة الخيار فلم يفسخ حتى مات. نص الشافعيُّ على المحاباة من الثلث لأنه لما كانَ قادراً على فسخه في مرضهِ فلم يفسخ، لحقته التهمةَ فيه فاعتبرنا المحاباة فيه من الثلث، وكذلكَ لو وهبَهُ في صحته وأقبضَهُ في مرضهِ ثم مات يكون من الثلث وعلى هذا لو قال لعبده: إن دخلت الدار، [٣٢/ب] فأنتَ حرٌ فمرضَ ثم دخل الدار ثم مات اعتبر من الثلث لأنه متّهمٌ باختيار الكلام في هذه الحالةِ.

فرعٌ

لو قال: أنتَ حرٌ إن جننتُ فجن هل يعتق؟ قال صَاحبُ الإفصاح: يحتمل وجهين: أحدهُما: لا يعتق لأن المضاف إلى حالةِ الجنون كما لو ابتدأهُ في حالة الجنون كما قالَ الشافعيُّ في اعتباره من الثلث، والثاني: يعتق لأن الإيقاع حصلَ في الصحةِ.

فَرْعٌ آخَرُ

لو دبر أخاهُ، وعتق بموته لم يرثه قولاً واحداً، لأنهُ حصل العتق قبل الموتِ.

فَرْعٌ آخَرُ

لو قالَ لأخيه: أنتَ حرٌ في آخر أجزاءِ صحتي المتصل بأول أسباب موتي ثم مات عتق من رأس المال وورثه لتقدّم عتقه في الصحة بعدَ موتهِ، ولو قال له: أنتَ حرٌ في آخر أجزاءِ حياتي المتصل بموتي عتق من ثلثه إذا مات وفي ميراثه وجهان: أحدهما: لا يرث لأن عتقه في المرضِ وصيةٌ تمنع الميراث، والثاني: يرث ولا يكون عتقه وصيةً له وإن كانَ معتبراً من الثلث لأن الوصية ما مُلكَ عن الموصي، وهو لم يملك نفسه عنهُ.

فَرْعٌ آخَرُ

لو قالَ لأخيه في صحتهِ: إن متُّ بعد شهرٍ فأنت اليومَ حرٌ فمات قبل شهرٍ لم يعتق وإن

مات بعد شهرٍ عتق يوم لفظه وورثَهُ. ولو قال ذلكَ في مرضه كانَ في ميراثه الوجهان ثم أعاد المزني مَسألةً ذكرها فلعله نسيها فقالَ: وجنايةُ المدبر كجناية عبدٍ وقد مضت هذه المسألة.

مَسألَةٌ: قالَ: ولا يحوزُ عَلى التدبيرِ [٣٣/أ] إذا جحدَ السيدُ إلا عدلان.

اعلم أنه إذا اختلفَ السيّدُ والعبدُ في التدبير فادعى العبدُ ذلك وأنكره السيدُ فهو مبنيٌ على أن التدبير وصيةٌ أم عتق بصفةٍ؟ فإن قلنا: إنه عتق بصفةٍ صح الإختلاف فيهِ لأن الرجوع فيه بالقول لا يمكن، فإن لم يكن مع العبدِ بينَةٌ، فالقول قول السيد لأن الأصل بقاءُ الرق فيحلف أنَّهُ ما دبره فإنها بمعنى على الإثبات، وإن كانَ مع العبد بينَةٌ يحكم بها، ولا يقبل في ذلك إلا ذكران لأن القصدَ منه العتق، وإن قلنا: التدبير وصيةٌ يصح الرجوع فيه بالقولِ، فمن أصحابنا من قال: القول قول السيد: ما دبرت، ويكون رجوعاً إذ لا فرق بين أن يقول: رجعتُ وبين أن يقول: ما دبرت فلا يتصور الإحلاف على هذا الوجه، ومن أصحابنا من قالَ: لا يكونُ رجوعاً، وهو المذهبُ المنصوصُ عليه في كتاب الدعوى والبينات فإنه قالَ فيهِ: إذا ادعى العبدُ على سيدهِ أنه دبره، فأنكره، قلنا له: لا نحتاج إلى يمين في التدبير فنص على أن الإنكار لا يكون رجوعاً وهذا صحيحٌ، لأن جحود الشيء لا يكون رجوعاً كجحودِ الزوج للزوجة لا يكون إقراراً بالطلاق، فعلى هذا يتصور الإحلاف على القولين معاً وله أن يسقط اليمين على نفسهِ بأن يقول: إن كنت دبرته فقد رجعت عنه في أحد القولين، وكذلكَ إذا قامت البينة عليه على هذا القول فله إسقاطُها بما ذكرت وله بعد حكم الحاكم بالبينة أن يسقط الحكم أيضاً بما ذكرت، وقالَ في «الحاوي»: إذا أنكر السيّدُ [٣٣/ب] فليسَ له إحلاف السيدِ وَلا تسمع البينة عليهِ إذا أرادَ السيد بجحودهِ تعجيل بيعهِ لأن له إبطال تدبيره ببيعه، وإن أرادَ أن يستبقيه على ملكه سُمعت دَعواهُ وهل يحلفُ السيدُ فعلى ما ذكرنا.

فرعٌ

لو وقع هذا الاختلاف بينَهُ وبين ورثة مولاهُ بعد موته فرجوعهم عنهُ لا يصحُّ إذا كان العبدُ يخرج من الثلث، فإن لم يكن للبعد بينة حَلف الورثةُ ما علموا أن أباهم دبرَهُ، وكان رقيقاً، وإن نكلوا حَلفَ العبدُ على البتِّ وعتق إذا حَلفَ، فإن حَلفَ بعضهم ونكل البعضُ حلف العبد وعتق منه نصيبُ الناكلين ورق نصيبُ غير الناكلين.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الحاوي»: الورثة مخيرون في نفي التدبير أو العتق، فإن حلفوا على نفي

التدبير قالوا: والله لا نعلم أنه دبركَ ولا يحتاج أن يقول: وإنك لباقٍ على الرق، وإن حلفوا على نفي العتق، قالوا: لا نعلم أنك عتقت، وهل يلزمهم أن يقولوا في هذه اليمين وإنك لباقٍ على الرق فيه وجهان: أحدُهما: لا يلزم، والثاني: يلزمُ ههنا، والفَرقُ أن التدبير صَريح الدعوى فجاز الاقتصار على نفيه، والعتق حكم الدعوى في حق العبدِ والرق حكم الإنكار في حق الورثةِ فيلزم الجمعُ بين الأمرين نفياً وإثباتاً.

فَرْعٌ آخرُ

إذا لم يحلف الورثَةُ ورد اليمين على العبدِ يجب عليه أن يحلفَ إذا علم أنه صادقٌ ليفك رقبته من الرق.

فَرْعٌ آخرُ

لو ثبت التدبير وادعى الوارثُ رجوع السيدِ عنهُ بأن قالَ: رجعت أو بأن باع ثم اشترى يقبل فيه شاهدٌ ويمينٌ وشاهدٌ وامرأتان لأن قَصدَ [٣٤/أ] الوارث منه المال ذكره بعض أصحابنا بخراسان، وعلى هذا العجزُ عن أداءِ مال الكتابة يثبتُ بشاهدٍ ويمين وشاهدٍ وامرأتين لأن القصد منهُ المالُ بخلافِ الكتابة لا تثبت إلا برجلين، ومن أصحابنا من قالَ: إذا ادعى السيدُ الرجوع يقبل منهُ هذا ولا يقبل من الورثة في أحد الوجهين، لأن السيدَ يدعي الملكَ والورثةُ ينفونَ حُرّيةً حاصلةً بموتِ السيّدِ في الظاهرِ.

بَابُ وطيء المدبّرةِ وحكم ولَدها[١]

مَسْألةٌ: قالَ: ويَطأُ السيّد مدبرَتَهُ.

الفَصْلُ

اعلم أنه إذا دبَّر أمتَهُ لم يحرم عليه وطئها لأنها مملوكة له ملك رقبَتَها ومنفعتها ويخالف الأمةَ الزوجة لأنه ملكَ منفعة الاستمتاع زوجها، فلم يجز له استباحتها ولأنّه لما جاز للمولى وطيء أم الولدِ فلأن يجوز وطيء المدبرة أولى لأن استحقاق أم الولدِ للحريةِ آكدُ، ولا يمكن السيد إبطالها بالتصرف، ولا الرجوع عنها وروي عن ابن عمرَ رضي الله عنهما أنه دَبّرَ أمتين له وكان يطأهما، فإذا وطئها وأحبلها فولدت منه، قالَ أصحابُنا صارت أم ولده ويبطل التدبير لأنه آكد من التدبير إذ يعتبر من رأسِ المالِ، وَلا يصح الرجوع عنهُ،

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/١٢٦).

فأزال الضعيفَ كما إذا وردَ ملك اليمين على النكاح أبطله لأنه أقوى من النكاح. وقد قالَ الشافعيُّ رضي الله عنه: لا فائدة في إبقاءِ التدبير لأنه لا يجوز أن يزولَ حكم الإحبالِ في حياةِ سَيِّدِهَا، فيكون لبقاءِ التدبير فائدة، ويخالفُ هذا إذا دبرها ثم كاتبها يبقى التدبيرُ [٣٤/ب] في أحدِ القولين لا يجوز أن يُفسخ عقد الكتابةِ ويبقى حكم التدبير، وأيضاً فالكتابةُ والتدبيرُ معناهما واحدٌ، وهو أن كل واحد منهما تعلق عتق نصفهِ من جهةِ القولِ، فلم يمنع أحدهما صحة الآخر بخلافِ الاستيلاد والتدبير. وقال صاحبُ «الحاوي» هكذا ذكر أبو حامدٍ ولا يصحُ ذلك لأنه قد طَرأ على التدبير ما هو أغلظ منهُ، وهو الإيلاد فصارَ داخلاً فيه، وغير مبطل لهُ كما لو طرأ الجنابة على الحدث يدخل فيهَا ولا يرتفع بها، وقيل: يعتق شيئين حَتى لو رَجع في التدبير قولاً، وجوزنا ذلكَ في أحدِ القولين، بقي الاستيلاد.

مَسْألةٌ: قالَ: وَمَا وَلدتْ مِن غَيرهِ فَفيهَا وَاحدٌ مِن قَولينِ.

الفَصْلُ

اعلم أن المدبرةَ إذا أتت بولدٍ من زوجٍ أو زنا فيه قولان منصوصان: أحدهما: يتبعها في التدبير لأنها تعتق بموت سَيِّدها فوجبَ أَن يتبعها ولدها في حكمها كأم الولدِ، ولأن ولدَ كل ذات رحم بمنزلتها فولدُ الحرّة حرٌ وولد المملوكة مملوك فكذلكَ ولد المدبرة مدبر، وبهذا قالَ عمرُ وعثمان وابن مسعود وابن عمرَ وجابرٌ رضي الله عنهم وَهو مذهبُ مالكٍ وأبي حنيفة والثوري وأحمد وإسحاق، ولفظ جابر ما أرى ولد المدبرة إلا بمنزلة أمهم، ولفظ ابن عمرَ ولد المدبرة بمنزلتها يعتقون بعتقها ويرقونَ برقها، والثاني: لا يتبعُهَا بل يكون مملوكاً للسيدِ وبه قالَ زيدُ بن ثابتٍ وأبو الشعثاء جابر بن زيد من التابعين وعطاءٌ وهو اختيار المزني، ولفظ زيد بن ثابتٍ حينَ جاءَ رجلٌ إليه، وقالَ: ابنةُ عم لي أعتقت جاريتها عن دبرٍ ولا مال لها غيرُهَا، [٣٥/أ] قال: لتأخذ من رحمها ما دامت حيَّةً. وروى أبو الزُّبير قالَ: سَمعت جابر بن عبد الله رضي الله عنه يقولُ في أولاد المدبرة: أنهم عَبيدٌ إلا أن تكونَ حبلى يومَ دبرت، أوردَهُ الإمامُ البيهقي ووجهه أن التدبير عقد يدخله الفسخ فلم يَسر حكمه إلى الولدِ كالرهنِ والوصيةِ. واختلف أصحابنا في هذين القولين، فمنهم من قال: هما مبنيان على القولين في التدبير أنه وصيةٌ يصح الرجوع عنه أو لا، فإن قلنا: وصية لا يتبعها وإن تلا عتق بصفةٍ وليس بوصيةٍ يتبعها وهذه طريقة المزني، ومن أصحابنا من قال: سواء قلنا إنه وصية لو عتق بصفةٍ فيه قولان، وهذا اختيار أبي إسحق لأن الشافعي نص على أن ولدَ المعتقة بالصفةِ هل يتبعُها قولان. ذكره القاضي الطبري، فلو كان مبنيّاً على القولين لوجبَ أن يكونَ في ولدِ المعتقة بالصّفةِ قول واحدٌ أن الولد يتبعها، ولا يعني بهذا أن الولدَ يتبعها

في الصّفةِ حتى إذا أدخل الولد الدار وكانَ العتق معلقاً بدخول الدار يعتق الولد ولكن أردنا به أن الولد يعتق بدخول الأم الدار في أحد القولين، ولأن التدبير يفارقُ الوصايا لأنه يتضمن العتق المبني على التغليب والسراية. قالَ بعضُ أصحابنا بخراسان: هذا مرتب على التدبير، فإن قلنا: لا يتبع الولد المدبرة في التدبير ففي المعلق عتقها بصفةٍ أولى، وإن قلنا: هناك يتبع فههنا قولان، وقيل: هذا في صفةٍ لا توجَدُ لا محالة، فأمَّا في صفةٍ قد تكونُ مثل قدوم فلانٍ لا يتبَعُ الولدُ الأم قولاً واحداً وهذا ضعيفٌ [٣٥/ب].

قالَ القفالُ: والصحيح من المذهبِ أنه لا يتبَعُها بخلافِ التدبير، والفَرقُ أن المدبرة أشبهت أمُّ الولدِ لأن عتقها معلقٌ بموت السيدِ كأمِّ الولدِ سواءً، فإن قلنا: الولد يتبعها في التدبير نرجع السيد عن تدبيره الأم وهي حامل، أو ولدت وماتت الأم، فهل يبطل التدبير في الولدِ؟ نص الشافعيُّ على أنه يبطل ويكون الولدُ باقياً على تدبيره يعتق بموت السيد لأنهما مدبران، فإذا بطل التدبير في أحدهما لم يبطل في الآخر كالعبدين، ويفارق ولد المكاتبة إذا قلنا: يعتق بأداءِ النجومِ فعجزت نفسها وفسخت الكتابةَ، فإنها تُنفسخ في الولدِ ولا يعتق، والفرقُ بينهما أنا لم نجعل ولد المكاتبة مكاتباً، ولا أدخلناهُ في العقد، وإنما جعلناهُ موقوفاً على حرّيتها في أحدِ القولين لأنه حصل في ملكها، فإذا عادت رقيقةً عاد الولد رقيقاً، وههنا جعلنا ولد المدبرة مدبراً، ولأن عتق الولدِ هناك يتعلق بأدائها النجوم، فإذا فسخت الكتابة بطل أداء النجوم، فلا تحصل صفة العتق في الوَلدِ، وليسَ كذلك في التدبير، فإن الصفة موت السيدِ، وذلكَ لا يسقط ببطلان التدبير في الأم، ولو رجع في تدبير الولدِ لم يكن رجوعاً في تدبيرِ الأم للعلّة التي ذكرناها، ولو أعتق الولد في البطن لم تعتق الأم، فلا يبطل تدبيرها بالرجوع في تدبير الحمل.

فرعٌ

لو رجع في تدبيره ثم ولدت لأقل من ستةِ أشهرٍ من يوم رجع فالولد مدبرٌ لأنه كان في بطنها قبل رجوعهِ عن تدبيره، وإن وضعت لأكثر من ستةِ أشهرٍ من يوم رجع فهو مملوكٌ، وهذا إذا كانَ لها زوج فأتت بولدٍ وإن حكمنا بلحوق الولدِ [٣٦/أ] بالأب هل يكون مدبراً؟ فيه قولان: أحدهما: يتبعها كما يحكم به في النسب، والثاني: لا يتبعها لأن النسب آكد في ثبوته بالإمكان.

قال المزني: لما حكي هذا الفصل عن الشافعي رضي الله عنه هذا أيضاً رجوع في التدبير بغير إخراج من ملكه فتفهم، قلنا له: أجاب الشافعي على أحدِ القولين، فأي إشكال من هذا حتى يحتاج إلى تفهّمه؟

فَرْعٌ آخرُ

لو كانت له أمةٌ حاملٌ فدبرها فالحمل يتبع الأم في التدبير نص عليه في «الأم»، ولا يختلف مذهبُه فيه، فإن قيل: جعلتم الولدَ تابعاً للأم في التدبير ولم تجعلوه تابعاً للأم في التدبير، ولم يجعلوه تابعاً لها في الرجوع، قلنا: لأن للحريّة تغليباً وسرايةً بخلاف الرجوع. وقالَ القفالُ: لا يتبع الحمل الأم في المدعو قولاً واحداً، وهو اختيارالمزني، وقالَ بعض أصحابنا: الترتيبُ فيهِ. أمّا إذا قلنا: الولد الحادث يتبعها فههنا قولان بناءً على أن الحمل يعرفُ أم لا؟ فإن قلنا: لا يعرفُ، فهو كالحادث، وإن قلنا: يعرف فوجهان: أحدهما: يتبع لأنه عقد عتاقٍ، والثاني: لا يتبع لأن العتاقَ سراية إلى نصيب الشريك إلى الولدِ بخلافِ التدبير وهذا خلاف المنصوصُ والحمل يتبع الأم كما في العتق، والبيع ولا خلاف أنه لو مات السيدُ وهي حامل يعتق الولد بعتقها أن حملها الثلث حاملاً، وإلاّ فيقدر ما حمل من الثلث.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ لها: أنت مدبرة دون حملك صح الاستثناء إن ولدته قبل موته وبطل إن ولدته بعد موته لأن الحرة لا تلد إلا حراً.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»: ولو دبرَ [٣٦/ب] الحملَ دونَ الأم صح لأنه لو أعتق الحملَ دونَ الأم صح، فإن باعَها نظرَ فإن نوى الرجوع عن تدبير الأم صح البيعُ، وإن لم ينو ذلكَ وولدت قبل ستةِ أشهرٍ بطل البَيعُ لأنه بمنزلة استثناءِ الحملِ، وإن ولدت بعد ستةِ أشهرٍ قالَ في «الأم» فيه قولان: أحدهما: البيع مردود لأنهُ كانَ ممنوعاً من البيع حتى يعرفَ حال الحمل، والثاني: البيع جائزٌ، ومن أصحابنا من قالَ: ليس على ظاهره فيما ذكر في «الأم» بل إذا باع الأم ونوى الرجوع عن تدبير الحمل أو لم ينو الرجوع كانَ رجوعاً وصح البيعُ، ألا ترى أنه لو كانَ له عبدٌ فدبره، ثم نسي تدبيره فباعه كانَ رجوعاً وصح البيعُ؟ وإن لم يقصد الرجوع، وإنما أرادَ الشافعيُّ بما ذكر أنه إذا باع الأم مطلقاً، ولم يستثن حملها صح البيعُ، وكانَ رجوعاً في تدبير الولدِ، وإن استثنى الحمل لم يصح البيعُ لأنه لا يجوز استثناء العُضو منها، وإذا لم يصح البيعُ كان التدبير بحالهِ. وقالَ في «الحاوي» إذا باعها مطلقاً، ولم يقصد بهِ إبطال التدبير ولا الاستثناء في البيع هل يصح البيعُ؟ فيه قولان: أحدهما، يصح لأن بيعَ المدبر رجوع وأنْ يقصد به الرجوع، والثاني: هو المنصوص البيع باطل لأن حكم الحمل مخالفٌ لحكم الأم وهذا أصح عندي.

فَرْعٌ آخرُ

لو دبر أمتَهُ وقلنا: الولد يتبعُها، وأن الرجوع عن التدبير يصح بالقول فقال: كلما ولدت ولداً فقد رجعتُ في تدبيره لم يكن ذلكَ رجوعاً، وإذا ولدت ولداً كانَ مدبراً حتى يرجعَ في تدبيره بعد ولادته وهذا لأن الرجوع في التدبير، إنما يصح بعد [٣٧/أ] أن يثبت للولدِ حكم التدبير وقبل أن تلد ما يثبت له حكم التدبير، فلم يصح فيه الرجوع، وهو كما قال لعبده: إذا دبرتكَ فقد رجعت في تدبيركَ لم يصح ذلكَ الرجوع بحالٍ.

فَرْعٌ آخرُ

لوقالَ لأمته: أنتِ حرةٌ بعد موتي بعشر سنين فقد علقَ عتقها بصفةٍ توجد بعدَ الموتِ، فقبل الموتِ هي معتقةٌ بصفةٍ إذا أتت بولدٍ في تلك الحالة هل يتبعها في حكم الصفة؟ قولان: فإن مات السيدُ فقد دخل وقت الصفةِ فيعزل من الثلث، وتكون رقبتها موقوفةً على العتق لا يتصرف الورثةُ فيها ومنفعتها وكسبها لهم فإذا أتت بولدٍ في تلك الحالةِ، قال الشافعيُّ: يتبعها في حكمها، واختلفَ أصحابنا فيه فمنهم من قالَ فيه قولان: كما لو أتت به قبل الموت، والشافعي نصَّ على أحد القولين، ومنهم من قال: يتبعها قولاً واحداً على ما نصَّ عليهِ، والفَرقُ بين هذا وبين ما قبل الموتِ أن قبل الموتِ لم يستقر له حكم الصفةِ وله سَبيلٌ إلى إبطالها، وبعدَ الموت استقر حكم الصفةِ حتى لا سبيل إلى إبطالها قولاً واحداً فتبعها الولد قولاً واحداً كأم الولد.

فَرْعٌ آخرُ

إذا أعتق الولد معها كانا من الثلثِ ولا يقرع بينهما بل يعتق عنهما بقدر ما احتمل الثلث على سواءٍ، وإن لم يعتق الولد معها ففيه وجهان: أحدهما: يكون من تركة السيد، والثاني يكون ملكاً للورثةِ، ذكره في «الحاوي».

مَسْألةٌ: قالَ: ولو قالَتْ ولدتُهُ بعدَ التدبيرِ.

الفَصْلُ

إذا قلنا: يسري التدبير إلى الولد فاختلفا فحاله حصل قبل التدبير أو بعده، فقالت: المدبرة ولدته بعد التدبير فعتق، وقالت: الورثَةُ [٣٧/ب] ولدته قَبل التدبير فالقولُ قولُ الورثة لأن الأصل عدم التدبير، وَلا يد للمدبرة على ولدها، لأنها تدعي حريَّة الولد، ولا تثبت اليَدُ على الحر، ويحالف هذا إذا كانَ في يده المدبرة التي عتَقت بموت السيد مَالٌ، فتَنازعت هي والورثَةُ، فالقولُ قولها إنها استَفَادت ذلك بعد ما عتقت إذ لها يد في مالها

ونظيرها بين المسألتين أن المكاتبة إذا قَالت: ولدتُ بعدَ الكتابةِ، وقلنا: تَسري الكتابَةُ إلى الولدِ وقال السيدُ: بل ولدت قبل الكتابةِ فالقول قولُ السيدِ، ولو اختلفا في مالٍ في يدها، فالقولُ قولها لأن لها على ما في يديها من المالِ يداً، ولا يد لها على ولدهَا، ومثله لو حصل للمكاتب في أمته ولدٌ وكانت الأمةُ من قبل للسيدِ، فقالَ السيّدُ إن حصل الولدُ قبل أن ملكته بزنا، أو نكاح فَهو ملكي، وقال المكاتب: بل حصل مني بعدما ملكت الأمة فهو موقوفٌ على حُكمي يعتق بعتقي فالقولُ قول المكاتب لاَ على معنى أن الكتابةَ تَسري إلى هذا الولد منه بل هو بحكم أنه ولد أمته ولولاَ البنوةَ لكانَ له أن يتصرفَ فيه كما يتصرّف في سائر الأموال التي في يده، فالقول قوله في ذلكَ، ولأنها لو اختلفا في تدبير الأم كان القولُ قول الوارث فكذلكَ إذا اختلفا في تَدبيرِ الولدِ.

فرعٌ

إذا نكل الوارث عن اليمين رُدت على المدبرة، فإن نكلت ففيه وجهان: أحدهما: يحكم برق الولدِ، والثاني: يوقف أمره ليحلف الولد بعد بلوغهِ.

فَرْعٌ آخَرُ

قالَ في «الأم» لو أقاما جميعاً البينَةَ، فالبيّنةُ بينَةُ الوارث لأن الولدَ مملوك في يد الوارث [٣٨/أ].

فَرْعٌ آخَرُ

قال ولو تنازعَا في الكسبِ الذي في يده فأقامَ العبدُ بينةً أنه أفادهُ بعد موت سَيده، وأقامَ الورثَةُ بينةً أنه أفاد ذلك المال قبل موته كانت البيّنَةُ بينة المدبر، والقول قولهُ.

فَرْعٌ آخَرُ

لو أقامَ الورثة البينة أنه كانَ في يده وسيدهُ حيٌّ، وقالَ المدبرُ كان في يدي لغيري وإنما ملكته بعد موت سيدي، وأقامَ البيّنَة، فالقولُ قوله معَ يمينه ولاَ أخرجهُ من يده حتى يقولَ الشهود: كانَ في يديه وسيده يملكه.

فَرْعٌ آخَرُ

إذا قلنا: ولد المدبرة قبل موت السيدِ لا يتبعها، فاختلفا، فقالت المدبرة: ولدته بعد موت السيدِ فهو حرٌ، وقالت الورثة: ولدته قبل موته فهو مملوكٌ لنا، فهذا على ضربين: أحدهما: أن يقر أنه جرى عليه في العلوق حكم الرق، وإنما علقت به في الحرية، وولدته

بعد موت سيدها لستةِ أشهرٍ، فصاعداً، فالقول قولها مع يمينها لأن الحرية في الناس أصل والرق طارىء، فإن نكلت، ففيه وجهان: أحدهما: ترد اليمين على الوارث، إذا قلنا فيما تقدم أن نكول الوارث لا يوجب توقف اليمين، والثاني: لا ترد على الوارث ويوقفُ على بلوغ الصّبي، فإذا حلفَ بعد بلوغهِ كان حراً، وإن نكل ردت اليمين على الوارث وَهذا إذا قلنا فيما تقدم أن النكول يوجب وقفَ اليمين، هكذا ذكره في «الحاوي»، وقالَ فيه أيضاً: لو اختلفا في الكسب فشهدت بينةُ الوارث أن هذا المال كان في يده في حياةِ سيده ففي قبولها والحكم بها قولان من القولين في حكم اليدِ [٣٨/ب] المتقدمةِ أحدُها: يقبل ويحكم به للوارث، والثاني لا يقبل للمدبر معَ يمينه.

فَرْعٌ آخرُ

قال ابن سريج: لو كانَ لرجل عبد فدبره ثم ملك أمةً فوطئها المدبر وأحبلها، فإن قلنا: لا يملك بالتمليك، فالولد يكون مملوكاً للسيدِ ولا حد على العبد لأنه وطىء بشُبهةٍ وثبت نسبُه. قالَ القاضي الطبريُ: نص عليهِ في «الأم»، وإن قلنا: يملك بالتمليك، فالولد لا يمكننا أن نحكم له بالحريّة وهو خارج من بين الرقيقين، ولكن بأيّهما يلحقُ، قال ابن سريج فيه وجهان: أحدهما: يتبع الأم فيكون رقيقاً للسيدِ لأن حكم الولد حكم الأم في الحريّةِ، والثاني: حكمه حكم الأب، فيصير مدبراً كما لو كانَ حراً، فأحبل مَملُوكةً كانت تابعة له في الحرية، وقالَ في «الحاوي»: على هذا القول الذي نقول يملك العبدُ بالتمليكِ والولدُ تبع له في التدبير قولاً واحداً.

فَرْعٌ آخرُ

لو كانَ لأحدهما بينَة، في المسألةِ السابقة سمعتْ ويحكم بها، والبيّنةُ أربعُ نسوةٍ في حقّهما لأنها بينَةٌ على الولادة، وإن أفضت إلى الحرية أو الرق.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»: لو كانت أمةٌ بين اثنين فدبراها ثم جاءت بولدٍ فادعاهُ أحدهما كان ابنه وضمن نصفَ قيمتهِ ونصف قيمتها ونصف عقرها الشريكة إن شاءَ شريكه لأن مشيئتَهُ أخذ قيمتها رجوعٌ في تدبيرها وكانت أم ولدِه. وقالَ القاضي الطبريُّ عندي أنها لم يقوم نصيب شريكِهِ عليهِ إلا برضاها لأنه قد ثبت له في عتقه حق الولاءِ، والله أعلم [٣٩/أ].

وعلى هذا إذا دبراهُ ثم أعتق أحدهما نصيبَهُ وهو مُوسرٌ وجب أن لا يقوّم نصيب شريكه عليهِ إلا برضاهُ وقد ذكرنا فيهِ قولين، وقالَ القاضي أبو حامدٍ وفي قيمةِ الولد الذي ادعى أنه

منه لم يكن له قيمته وهذا لا يختلف مذهبُه فيهِ.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «الأم»: لو قالَ ولدكَ ولد مدبر لم يكن هذا تدبيراً إلا أن يريدَ تدبيراً.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»: ولو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستةِ أشهرٍ والآخر لأكثر من ستةِ أشهرٍ يعني من يوم التدبير فهما حملٌ واحدٌ وحكمهما واحد ويكون الكل مدبراً، أو عتيقاً. قال القاضي أبو حامدٌ: هذا إذا كانت تحت زوج يعني في اعتبار ستةِ أشهرٍ، فأمّا إذا كانت مطلقة أو متوفى عنها زوجها يعتبرُ أربع سنينَ.

بَابُ تَدْبِير النصرانيّ

مَسْألةٌ: قالَ: ويجوزُ تدبيرُ النصرانيّ.

الفَصلُ

جملة هذا أن الكافر كالمسلم في جواز تدبيره سواء كانَ يَهودياً أو نصرانياً أو مجوسياً أو وثنياً، ذمياً كان أو حربياً لأنه لما كانَ كالمسلم في سائر التصرفاتِ كذلك في هذا، وإذا دبر الكافر عبداً، فهو بالخيار بين أن يرجع في تدبيره أو يقيم عليهِ وحكم الرجوع كما ذكرنا، وإن اختار المقام عليه عتق بموته من الثلثِ كالمسلم سواءً، وإذا دبر الحربيُّ عبداً كافراً وأدخلَه دار الإسلام أو دبره في دارِ الإسلامِ [٣٩/ب]، ثم أراد ردّهُ إلى دار الحرب لم يمنع منهُ لأنه مملوكه يجوز له استدامة ملكه عليهِ والتصرف فيه كيف شاءَ، والتدبيرُ باقٍ، ويفارق هذا إذا كاتب عبده يمنع من إجبارهِ على الخروج معَهُ لأنه قد زال ملكهُ عن منفعتهُ وصار مخولاً دونَهُ.

مَسألةٌ: قالَ: فإنْ أسلمَ المدبرُ.

الفَصلُ

اعلم أنه إذا دبر الكافر عبده الكافر ثم أسلم العبد، فقالَ للسيدِ: أنت بالخيار فإن رجعت في تدبيره بطل التدبير وبعنا عليكَ ولا نمنعك الرجوع في التدبير كمالا نمنعك الرجوع في الوصيّةِ ولا ندعك تملك مُسلماً يمكن بيعهُ، عليكَ إن أقمت علي التدبير ففيه قولان مَنصوصان، أحدهما: يُباع عليهِ وبه قال مالكٌ، واختاره المزني لأنه كالعَبدِ القن في

جواز التصرّفِ فيهِ، والثاني: لا يُباع عليهِ وهو الأصح. وبه قال أبو حنيفة لأن الحظ ها هنا للعبد في ترك البيع حتى لا يبطل حق حريته، فإذا قلنا: يُباع فبيع بطل التدبير، وإذا قلنا: لا يباع قيل لسيده: لا تتركه في يدك فأنت بالخيار بين أن تسلمه إلى مُسلم يكون في يدهِ، وينفقُ عليهِ من كسبه وبين أن تخارجَهُ على شيء يدفعه إليك، أو إلى وكيلك إن لحقت بدار الحرب، وإذا ماتَ واحتمله الثلث عتق كله، وإن لم يحتمله الثلث عتق منه قدر ما يحتمله الثلث، ويرق الباقي للورثة ويُباع عليهم قولاً واحداً لأن التدبير قد بطل في ذلك القدر ويمنعه خدمة السيد بكل حالٍ لأنه مسلم والاستخدام استهانَةٌ. واحتج المزني على ما اختارَهُ بأن التدبير وصيةٌ. ولو أوصى كافرٌ [٤٠/أ] بكافرٍ، ثم أسلم العبدُ يُباع عليه لأنه صار بالإسلام عدواً له كذلكَ هَهنا، قلنا: الموصى به لا يرجو خلاصاً من وثاق الرق باستيفاءِ الوصيةِ، والمدبر باستيفاءِ التدبير يرجو خلاصاً من وثاق الرقِ فله حظ في إبقاءِ التدبير بخلافِ ذلك فافترقا.

فَرْعٌ

لو كاتب الكافرُ عبدَهُ الكافر ثم أسلم المكاتب لا يُباع عليهِ قولاً واحداً لأنه يحول بينَه وبينه، وله إكسابه، وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل يُباع عليه المكاتب إذا أسلم فيه قولان، والأصح أنه لا يُباع، والأصحُ في المدبر أنه يُباع عليه.

فَرْعٌ آخرُ

إذا أوصى بعتقه بعد موته، ففيه طريقان أحدُهما: هل يُباع عليه فيه قولان كما لو دبَره، والثاني: يُباع عليهِ قولاً واحداً لأن الوصية بعتقه أضعف من التدبير، ولو أوصى به لمسلم يُباع عليهِ قولاً واحداً لأنه لا يتوصّل بهِ إلى عتق هو أنفعُ له من البقاءِ في ملكهِ.

بَابُ تدبيرُ الصبي الذي يَعقل ولم يبلغْ

مَسألةٌ: قالَ: مَن أجازَ وصيتَهُ أجازَ تَدبيرَهُ.

جُملة هذا أن في وصيةِ الصبي وتدبيره قولين: أحدهما: لا يجوز، وبه قال مالكٌ وأبو حنيفة واختاره المزني لأن التدبير عقدٌ، فلم يصح من الصبي كالبيع ولأنهُ لا يصح عتقه، فلا يصح تدبيره كالمجنون، والثاني: يجوز وبه قال مالكٌ في روايةٍ، قال القاضي أبو حامدٍ: وهذا أظهرُ قوليهِ، واختارهُ الشيخ أبو حامدٍ لأنه منع من التصرفِ لحظة والخط ها هنا في جوازه لأنه إن عاش لا يلزمهُ ذلكَ وإن ماتَ [٤٠/ب] يَبقى لَهُ الأجرُ والثوابُ ويخالفُ العتق، لأنه لازمٌ لا يمكن أن يرجع فيه. وروي أن قوماً سَألوا عمرَ بن الخطاب رضي الله

عنه في غلامٍ يافع لم يَبلغ الحلم، ورويَ كان ابن عشر سنين وصي لبنت عمه، فأجاز عمر رضي الله عنهُ وصيتَهُ.

فَرْعٌ

يصح التدبير من السفيه المحجورِ عليهِ قولاً واحداً، لأنه إنما منع من التصرفِ لئلا يضيع ماله، وبالتدبير لا يضيع لأنه باقٍ على ملكه، فإن مات استغنى عن المال وحصلَ لَهُ الثواب، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان أيضاً، وهو ظاهرُ كلام الشافعي لأنه سوّى بينَه وبين الصَّبيّ.

فَرْعٌ آخَرُ

إذا قلنا: تصح وصية الصبي، فإن قلنا: يصح الرجوع عنه بالقَول، فللصبي أن يرجعَ بالقولِ، فيقول: فسخته أو أبطلته، وإن قلنا: لا يَصح الرجوع عنه إلا بما يزيل ملكه لا يصحُّ من الصبي إزالة ملكه، قال الشافعي: فيقومُ وليه مقامَهُ في ذلك، فإذا رأى حظه في بيعه باعَهُ وَأبطل تدبيره، لأنه مندوبٌ إلى القيام بمصَالحهِ.

فَرْعٌ آخَرُ

لو باعه الولي وقصد به الرجوع في التدبير، ولم يقصد بهِ المصلحَةَ لم يجز لأنه لا حَجر عليهِ فيهِ، ولو أرادَ الولي أن يرجعَ عنه بالقولِ لا يجوز قولاً واحداً، ولو أذن الصَّبيُّ للمولي في بيعه كان بيع الوَليّ عن إذنه رجوعاً بكل حالٍ ذكره في «الحاوي».

فَرْعٌ آخَرُ

قالَ بعض أصحابنا: في تدبير السكران قولان، كما في طلاقه، وقيل: إن لم يكن عاصياً بأن كان مكرهاً على الشرب لا يصحّ تدبيره ولا وصيته، وإن كان عاصياً بالشرب، [٤١/أ] فإن قلنا: لا يقع طلاقه لا يصحُّ وإن فرّقنا بين ماله وما عليه لا يصحُّ أيضاً، لأن هذا له، وكذلك لا يجوز إعتاقه وإن وقع طلاقه، وإن قلنا: إنّهُ كالصَّاحي يصحُّ الكلُّ، ذكره في «الحاوي».

فَرْعٌ آخَرُ

لو دبر المعتوهُ والمغلوبُ على عقلهِ أو الصَبي الذي لا يعقل لا يجوز، وإن كانَ يجن ويفيق لا يجوز فإن دبرَ في حال الإفاقةِ جاز، وإن دبر في غير حال الإفاقةِ لم يجز.

فَرْعٌ آخرُ

لو دبرَ عبداً ثم خرسَ فإن كانَ له إشارةٌ معقولةٌ أو كتابةٌ مفهومةٌ صح رجوعهُ عن التدبير بذلكَ، إن قلنا: يجوز الرجوعُ عنهُ بالقول، وإن قلنا: لا يصح الرجوع إلا بإزالة الملكِ فأشار بإزالة الملكِ كانَ رجوعاً وإن لم يكن له إشارةٌ معقولةٌ ولا كتابة مفهومةٌ لم يصح رجوعهُ ولا يجوز أن يولىٰ عليهِ، فيبقى العبدُ مدبراً حتى يحصل لَهُ إشارةٌ مفهومةٌ فيرجعُ بها لأنه مكلفٌ رشيدٌ فلا يولى عليهِ.

كتاب مختصر المكاتب[1]

قالَ الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ﴾ [النور: ٣٣]، الآية.

الكِتَابةُ لفظةٌ وضعت لعتق على مال منجم إلى أوقاتٍ معلومةٍ يحل كل نجم لوقته المعلوم، وإنما سُمِّيَت نجوماً لأن العَرَبَ كانوا أمّيينَ لا يحسبُونَ ولاَ يكتبونَ وكانوا يحفظونَ أوقات السَّنةِ وفُصولها التي ينتهونَ فيها ويرجعونَ إلى محاضرهم ويرسلونَ فيها الفحولَ وينتظرونَ النتاج بالأنواءِ في طلوع نجمٍ وَسقوطِ رَقيبهِ وجميع ذلكَ ثمانيةٌ وعشرونَ نجماً كلما طلع منها طالعٌ سقطَ ساقطٌ، [٤١/ب] وهي التي جعلت منازل القمر، قال الله تعالى: ﴿وَالْقَمَرَ قَدَّرْنَاهُ مَنَازِلَ﴾ [يس: ٣٩]، وكانوا يقولون في الدية: تلزم الرجل نجوماً ليكون أرفق به، وكان الضامن للحق يقول: إذا طلع نجم الثريا أديت من حقك كذا وكذا، وإذا طلع حقك الدبران وفيتك كذا وكذا، وإنما جعل مال الكتابة في الإسلام منجم لأن المكاتب لو جمع عليهِ نجوماً في أوقاتٍ شتى ليتيسّر عليه تعجيل شيء بعد شيء ويكون أسلم من الغررِ. وأصل الكتابةِ، ضَمّ شيء إلى شيء، يقال: كتبتُ النجلةَ إذا ضم ما بين شفري فرجها بحلقةٍ أو سيرٍ، وكتبتُ القربة إذا ضم فمها وأوكى عليهِ، وسمى الكتيبة من الخيل لتتابعها واجتماعها، وسُمي الخط كتابةً لضم بعض الحروف إلى بعض فلما كانت الكتابة متضمنةً لنجم بعد نجم سميت كتابةً لكتبِ نجم إلى نجم، وقيل: سميت كتابةً للعرف الجاري بكتابتهِ في كتاب وثيقةٍ يوقع فيه الشهادة.

والأصل في الكتابةِ: الكتابُ والسنةُ والإجماعُ.

أمّا الكتابُ فقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ﴾ [النور: ٣٣]، الآية. قال ابن عمر وابن عباس: أرادَ بالخيرِ القدرة على الكسبِ والاحترافِ، وقالَ الحسَنُ وطاووسٌ والثوريُّ وقتادةُ: إنه الرشدُ والصَّلاحُ في الدين. وقال الشافعيُّ وأبو حنيفةَ ومالكٌ: إنه الكسبُ والأمانةُ ليكونَ بالكسبِ قادراً على الأداءِ وبالأمانةِ موثوقاً بوفائهِ، وبه قالَ بوفائه عمرو بن دينارٍ ومجاهدٌ. وقالَ ابن عمرَ رضي الله عنهما: يكره أن يكاتب العبد [٤٢/أ] إذا لم يكن لَهُ حرفةٌ، وقال مكحولٌ: أرادَ بهِ الكسبَ. وروي عن ابن عباسٍ رضي الله عنهما: أنه

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/ ١٤٠).

أرادَ أمانةً ووفاءً، وقال الكلبيُّ سببُ نزول هذه الآية أن عبداً لحويطبٍ سأله أن يكاتبَهُ هذه، فامتنع، فأنزل الله تعالى هذه الآية.

وأمّا السُّنَّةُ فما روى الشافعيُّ، قَالَ: أخبرنا سفيان قال: سمعتُ الزهريّ عن نبهان مولى أم سلمة زوج النبي ﷺ أنها كاتبتهُ، وإنها سألته كم بقي عليك من كتابتك فذكر شيئاً سَماهُ وأنه عنده فأمرته أن يعطيه أخاها أو ابن أختها وألقت الحجاب أخاها واستترت منه، وقالت: عليكَ السلامُ وذكرت عن النبي ﷺ أنه قالَ: «إذا كان لإحداكن مكاتبٌ وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب عنه»[1] وروي أنها قالت له: كم بقي عليك، قالَ: قلت: ألف درهم قالت: فعندكَ ما تؤدي قلت: نعم، قالَ: ادفعها إلى فلانٍ ابنِ أختها ثم ألقت الحجابَ، وقالت: السلامُ عليكَ هذا أخرُ ما تراني. وذكرت الخبر. قالَ الشافعي: ولم أحفظ عن سفيان أن الزهري سمعَهُ من نبهان، ولست أراهُ يثبته أهل العلم، قال الشافعي: ويجوز أن يكونَ أمرها بالحجاب على ما عَظم الله تعالى أزواج النبي ﷺ أمهات المؤمنين وخصهن به وفرق بينهن وبين النساءِ إن لم يفتيه، قالَ الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لَكُمْ أَن تُؤْذُوا رَسُولَ اللَّهِ وَلَا أَن تَنكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِن بَعْدِهِ أَبَدًا﴾ [الأحزاب: ٥٣]، وقال تعالى [٤٢/ب]: ﴿وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ﴾ [الأحزاب: ٦]، وقال تعالى في أزواج الرسول ﷺ: **﴿وإذا سألتموهن متاعاً فاسألوهن من وراءِ حجاب﴾** [الأحزاب: ٥٣]، فجعل عليهن الحجاب من المؤمنين، وهن أمهات المؤمنين، ولم يجعل على امرأةٍ سواهن أن تحتجب ممن يحرّم عليهِ نكاحها، فكانَ قول الرسول ﷺ: إن كان قاله خاصةً أو يكون ذلكَ بمعنى الاحتياطِ كما يجوز أن يؤمرَ بالاحتجاب من المراهق لقرب البُلوغ ولأن احتجاب المرأةِ ممن لهُ أن يراها واسع لها، وقد أمر النبي ﷺ سودة أن تحتجب من رجلٍ قضى أنه أخوها وهي ترثُهُ ويرثُها للاحتياط فأبان أن الاحتجابَ ممن له أن يراها مُباحٌ[2].

وجُملتهُ أن الشافعي رضي الله عنه ذهبَ أن المرأةَ ليس عليها أن تحتجب من مكاتبها وإن كانَ عِندَهُ وفاءٌ. وضعف حديث أم سلمة وتأوّلَهُ على تخصيص أزواج رسول الله ﷺ، أو الاحتياط في الاحتجاب المباح، وأيضاً ما روى سَهل بن حنيف رضي الله عنه أن النبي ﷺ قالَ: من أعانَ غارماً أو غازياً أو مكاتباً في كتابته أظلّه الله في ظلهِ يومَ لا ظلّ إلا ظلّه»[3].

---

(١) أخرجه أبو داود في العتق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت (٣٩٢٨)، وابن ماجه في الأحكام، باب المكاتب (٢٥٢٠)، وأحمد في مسنده (٢٥٩٣٤).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/ ٣٢٧).

(٣) ذكره ابن حجر في تلخيص الحبير (٤/ ٢١٦).

وروي: «من أعانَ مجاهداً في سَبيلِ اللَّهِ أو غارماً في عسرته أو مكاتباً في رقبتهِ»[١]، وروي عن سلمان الفَارسي قالَ: كاتبتُ أهلي على أن أغرسَ لَهُم خمس مائة فسيلةٍ فإذا علقت فأنا حرٌ، فأتيت النبي ﷺ، فذكرتُ ذلكَ له فقالَ: «اشترط لهم ذلكَ، فإذا أردت أن تغرس فآذني [٤٣/أ] فآذنتهُ» فجاء فجعل يغرس إلا واحدةً غرستُها بيدي فعلقن جميعاً إلا الواحدة[٢]. وروي: يغرسُ الكل إلا نخلة واحدةً غَرسها عمر رضي الله عنه، وروى ابن عباس رضي الله عنهما قال سلمان: كاتبني صاحبيّ على ثلثمائة نخلةٍ أحييها وأربعين أوقية. وأيضاً ما روى عمرو بن شعيبُ عن أبيهِ عن جدهِ أن النبي ﷺ قالَ: «أيّما مكاتبٍ كوتبَ على ألفِ أوقيةٍ فأداها إلا عشر أواق فهو عبدُ، وأيما مكاتب كوتبَ على مائة دينارٍ فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد»[٣]. وروي أيضاً أن النبي ﷺ قالَ: «المكاتب عبد ما بقي عليهِ من مكاتبتهِ درهمٌ»[٤].

وأمّا الإجماعُ فلا خلافَ بين المسلمين فيه، وروي أن بريرة كوتبت على تسع أواقٍ تؤدي في كل عام أوقية، وعرف حالها رسول الله ﷺ[٥]. ورويَ عن ابن عمر رضي الله عنهماأنّهُ كاتَب عبداً له على خمسةٍ وثلاثين ألف درهم. وروي أن ابن سيرين سأل أنسَ بن مالكٍ رضي الله عنهُ أن يكاتبه، فأبى عليهَ فعلاه عمرُ رضي الله عنه بالدرة أما سمعت الله تعالى يقول: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣]، فكاتَبَهُ وتركَ عليهِ من مالِ الكتابةِ خمسة آلاف درهم[٦]، وروى مسلم ابن أبي مريم عن رجلٍ أنه قالَ: كنتُ مملوكاً لعثمان رضي الله عنه فبعثني في تجارة فقدمت عليه فأحمد ولايتي فقمتُ بين يديه ذاتَ يوم فقلت: يا أمير المؤمنين أسألك الكتابةَ فقطبَ فقال: نعم، ولولا آية كتاب الله تعالى ما فعلَت أكاتبكَ على مائة ألفٍ على أن تعدها [٤٣/ب] في عدتين واللَّهِ لا أغصبك منها درهماً[٧].

فإذا تقرر هذا، فاعلم أن الكتابة مستحبةٌ إذا طلبَ العبد ذلكَ ولا تجبُ، وبه قال

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٥٥٥٦).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٢٣٢١٨).

(٣) أخرجه أبو داود في العتق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته (٣٩٢٧)، وأحمد في مسنده (٦٦٨٧).

(٤) أخرجه أبو داود في العتق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز، أو يموت (٣٩٢٦).

(٥) أخرجه البخاري في العتق، باب استعانة المكاتب وسؤاله الناس (٢٥٦٣)، والنسائي في البيوع، باب المكاتب يباع قبل أن يقضي من كتابته شيئاً (٤٦٥٦)، ومالك في العتق والولاء، باب مصير الولاء لمن أعتق (١٥١٩).

(٦) لم أجده.

(٧) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/ ٣٢٠).

جمهور العلماءِ، وقال عمرو بن دينار وعطاءٌ والضحاكُ وداود: إذا دَعا السيد إلى الكتابةِ بقدر قيمته حرٌ يحبُّ أن يكاتبه، واحتج بظاهر قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ [النور: ٣٣]، وهذا أمرٌ والأمرُ على الوجوب. وأيضاً حديث عمر حين طلب سيرين الكتابة على ما ذكرنا، ودليلنا أنه عتق بعوضٍ، فلا يجب على السيد كالاستسعاءِ. وأمّا الآية، قلنا: هذا أمرُ إباحة ورخصة لأنه مبنيٌ على محظورٍ، فإن بيع الرجل ماله بمالهِ محظورٌ وهذا كقوله تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَوٰةُ فَانتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ﴾ [الجمعة: ١٠]، وكقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢]، ونحو ذلك ونحمله على الندبِ بدليل ما ذكرنا، وأمّا خبرُ عمرَ رضي الله عنهُ، قلنا: خالفَهُ أنس بن مالكٍ والقياسُ مقدمٌ على قول الصحابي عند بعضهم.

مَسْأَلَةٌ: قالَ ولا يكونُ الابتغاءُ مِن الأطفالِ والمَجانينِ.

جملة هذا أن الكتابة لا تجوز إلا لبالغ عاقلٍ، ولا تجوز للمجنون وَلا للصبي مميزاً كان أو غير مميزٍ، وقالَ أبو حنيفة وأحمد: إن كانَ مميزاً تجوز كتابته كما يجوز بيعه بإذن وليه، قلنا: هو غير مكلفٍ، فلا تصح كتابته كالمجنونِ، ويفارق تدبير العبد المجنون، لأنهُ عتق بصفةٍ ينفرد به السيد لا يحتاج إلى قبول العبد بخلافِ الكتابة، فإذا ثبت هذا فالسيدُ إذا كاتب عبده المجنون، أو الصغير فليس بكتابة صحيحة ولا فاسدةٍ [٤٤/أ] لأن العبدَ ليس من أهلِ الكتابةِ، ولا يصح منه القبول ولكن لو أدى المال عتقَ بوجود الصفةِ لأن الكتابة تشتمل في معارضةٍ وصفةٍ، وإذا عتق يكون كسبُه لسيدهِ، ولا يكون بينهما تراجعٌ، ويفارق العبدَ البالغ إذا كاتبه سيده كتابة فاسدةً فأدىٰ وعتق ثبتَ بينهما التراجع، لأنه من أهلِ العقد والضمان، وهذا ليس من أهل العقد والضمان، فلم يثبت بينهما التراجعُ ويلزمه رَدُّ الثمن عليهِ، ولا يرجعُ بقيمةِ السلعةِ.

فَرْعٌ

إذا كاتبَ العبد على نفسهِ، وعن أولادهِ الصغار لا يجوز في أولادهِ، وفي المكاتب قولا تفريق الصفقة، وقال أبو حنيفة: يصح في حق الجميع، وإن كان الأب حراً فكاتب السيد أولاده وقبل الأبُ عنهم لا يجوز، ووافقنا به أبو حنيفةَ. وقال مالكٌ: يجوز.

فَرْعٌ آخَرُ

لو كاتب عبده الصغير الذي لا يميز أو المجنون وقبل السيدُ عنه لا يجوز، وقال: أبو حنيفة: يجوز، واحتج الشافعيُ بالآية، وقال: لا يكون الابتغاءُ إلا من البالغ والعاقل فلا يكون من الصبي والمجنون.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وأظهرُ معاني الخبر بدلالةِ الكتاب الاكتساب مع الأمانة.

وجملة هذا أن الله تعالى ندب إلى كتابة العبدِ إذا كان فيه خيراً وقد مضى مَعنى الخير، والدليلُ على صحةِ ما ذكره الشافعي رضي الله عنه أن الله تعالى قال: ﴿وَإِنَّهُۥ لِحُبِّ ٱلْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾ [العاديات: ٨]، وقال تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا﴾ [البقرة: ١٨٠]، الآية. وأراد به المال والكسب، [٤٤/ب] وقال تعالى: ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ﴾ [الزلزلة: ٧]، وأرادَ به الطاعة فحملناه عليهما بدلالة، وهي أن المقصود من الكتابة العتق، وإنما يحصل العتق بالأداءِ، والأداءُ إنما يحصل باجتماع الكسبِ والأمانة، فإن العبد يكتسبُ ويجمع المال ويؤديه بالأمانة، والديانة فيعتقُ، والشافعي ذكر هذا في «الأم» مشروحاً فقال: الخير كلمةٌ يعرف ما أريد بها بالمخاطبةِ بها، قالَ الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ أُو۟لَٰٓئِكَ هُمْ خَيْرُ ٱلْبَرِيَّةِ﴾ [البينة: ٧]، فعلمنا أنهم خيرُ البريّة بالإيمان وعمل الصالحات لا بالمالِ، وقال تعالى: ﴿وَٱلْبُدْنَ جَعَلْنَٰهَا لَكُم مِّن شَعَٰٓئِرِ ٱللَّهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ﴾ [الحج: ٣٦]، فعقلنا أنه أراد إن ترك مالاً، فلما قالَ: إن علمتم فيهم خيراً، كان أظهرَ مَعانيها بدلالة استدلالنا بها القوة على اكتساب المال والأمانة، لأنه قد يكون قوياً فيكتسبُ فلا يؤدي إذا لم يكن ذا أمانةٍ، وقد يكون ذا أمانةٍ، ولا يكون قوياً على الاكتسابِ فلا يؤدي، وقيل: الخير في كتاب الله تعالى على ثلاثةِ أوجهٍ، أحدها: المال، وهو ما ذكرنا، وقوله تعالى: ﴿إِنِّىٓ أَحْبَبْتُ حُبَّ ٱلْخَيْرِ عَن ذِكْرِ رَبِّى﴾ [ص: ٣٢]، أي أقمتُ وتخلفتُ عن الصَّلاةِ حُبّاً مني للخيرِ، وهو المالُ وذلكَ المالُ كان خيولاً عُرضت على سليمان صلوات الله عليهِ فاشتغل بها فنسي صَلاةَ العصرِ، فلما تذكّر قضى صَلاته وسَبّل الخيلَ كلها في سبيل اللّهِ كفارةً لذلكَ، والثاني: الطاعةُ على ما ذكرنا، والثالث: الاكتسابُ والقُوّةُ والأمانةُ، وهو في هذه، الآية.

واعلم أن الكتابة من خصائص الإسلام بخلاف التدبيرِ [٤٥/أ] لأن العرَبَ في الجاهليةِ كانت تعرف التدبير دون الكتابةِ، فإذا تقرر هذا، فاعلم أن العبد إذا جمع كسباً وأمانةً استحب كتابته، وإن فقد أحدهما لم يستحب كتابته، ولا يكره، نصَّ عليه في «الأم»، والعبد والأمةُ البالغةُ في هذا سواءٌ، وسواءٌ كانوا ذوي صنعةٍ أو لا، ومن أصحابنا من قال: إن كان له دين وأمانةٌ يستحبُّ كتابته أيضاً، وإن لم يكن له كسبٌ لأنه يدفع إليهِ من مالِ الصدقاتِ، فيؤدي ويعتق، ومن أصحابنا من قال: تستحب كتابة من له كسبٌ وإن لم يكن أميناً أيضاً ولكن يقدم في الاختيار مكاتبة الأمين غير المكتسب على مكاتبة المكتسب غير الأمين لأن صَاحب الأمانةِ معافٍ والأولُ أصح، لأن الله تعالى ندب إلى الكتابةِ بشرطِ أن يعلم فيه خيراً، وهو الأمانةُ والاكتسابُ على ما ذَكرنا، فلا يستحب إلا بوجودِ كلا الشرطين، وقال أحمد وإسحق: إذا لم يكن كسبٌ يكره كتابته كالأمةِ إذا لم يكن لها كسبٌ

يكره مخارجتها، ودلِيلنا أنه تعليقُ عتقٍ بصفةٍ، فلا يكره كما لو كان له كسبٌ، ويخالفُ الأمة لأنها ربما تكسبُ بالفرجِ الحرام ولا تنسد العتق وههنا يُعان بمالِ الصدقاتِ ويعتق فلا يكره، وقد قال الشافعي في «الأم» ولا أكره لمالكٍ أن يكاتب مملوكه وإن كان غير قوي ولا أمين، ويأخذ من مكاتبه صدقات الناس فريضةً أو نافلةً ومن أين أدى المكاتب إلى سيده نجمه فحلالٌ له أن يقبله ويجبرُ على قبولهِ [٤٥/ب] إلا أن يعلمَ أنه من حَرامٍ، فلا يحل لَهُ قبول الحرامِ.

فَرْعٌ

قال في «الأم»: وعلى الحاكمِ أن يمنع الرجل أن يخارج عبده وإن كان ذا صنعةٍ إذا كره ذلكَ ولكن يؤجره وينفق عليهِ إن شاءَ، ويمنعه الإمامُ أن يجعل على أمتهِ خراجاً إلا أن يكونَ في عملٍ واجبٍ، وكذلك العبدُ إذا لم يطق الكسبَ، فمن أصحابنا من قال فيه قولان، أحدهما: لا يخارجه إلا برضاهُ وإن كانَ ذا صنعةٍ، والثاني: إذا كانَ مطيقاً للكسبِ وكانَ ذات صنعةٍ فلَهُ أن يُخارجَهُ وإن لم يرضَ، وقيل له ذلك قولاً واحداً، ذكره القاضي الطبريّ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وما جازَ بينَ المسلمينَ في البيعِ والإجارةِ جازَ في الكتابةِ.

الفَصْلُ

أرادَ به أن كل ما جاز أن يكون عوضاً في البيع جازأن يكونَ عوضاً في الكتابةِ وما لا يجوز أن يكون عوضاً كالخمرِ والخنزير لا يجوز أن يكونَ عوضاً في الكتابةِ، ولا يريد بهِ أن كل ما يجوز في عقدِ البيع يجوز في عقد الكتابةِ، وإن شرط خيار الثلاث يثبت في عقد البيع دون الكتابةِ وكذلك خيار المجلس وقد مضى شرحه، وقيل: قصد بهذا اللفظ الرّد على أبي حنيفة حيث قالَ: لو كاتبه على عبدٍ مطلقٍ غير موصوفٍ جاز كما قال في النكاح والخلع، ويدفع إليهِ عبداً سيداً بين الأبيض والأسود، وعندنا لا يجوز ذلكَ كما لا يجوز في البيع والإجارة، وقال أحمد مثل ما قالَ أبو حنيفة، ودليلُنا أن كل ما لا يجوز أن يكونَ عوضاً في البيع [٤٦/أ] والإجارة لا يجوز أن يكونَ عوضاً في الكتابةِ كالثوب المطلقِ.

مَسْأَلَةٌ: قال: ولَا يجوزُ أقلُّ مِن نَجمينِ.

عندنا الكتابة الحالةُ باطلةٌ، ولا تجوز على أقل من نجمين، وبه قال أحمدُ، وقالَ أبو حنيفة ومالكٌ تجوز حالةً وعلى نجم واحدٍ، لأنهُ عقد على عينٍ فجاز على عوضٍ حالٍ كالبيع، ودليلُنا ما روى علي رضي الله عنه أنه قالَ: الكتابة على نجمين والإيتاءُ من الثاني.

وهذا يقتضي أقل ما تجوز عليه الكتابة، لأنها تجوز في أكثر من نجمين. وروى ابن أبي هريرة: في تعليقه أن النبي ﷺ قال: «الكتابة على نجمين» وهذا نص إن صح وأيضاً فالصحابةُ رضي الله عنهم كاتبوا على نجوم مختلفةٍ على مَا ذكرنا، ولم يكاتب أحدٌ منهم على أقل من نجمين، فلو كان يجوز ذلك لأشبه أن يكونَ قد فعل ذلكَ كما فعل على نجمين وأكثر، وروي عن عثمانَ رضي الله عنه أنه قالَ لعبده: والله لا عاقبتك ولا كاتبتك إلا على نجمين، وقال الماسرجي: رأيتُ أبا إسحقَ المروزيّ في مجلس النظرِ نصرَ هذا الدليل نصرةً حسنةً، وقالَ: كانت الصحابة يتسارعون إلى القربة والطاعةِ خصوصاً إذا كان فيه تعجيلُ مالٍ حلالٍ فلو كانت الكتابةُ جائزة على لحم لفعلوا. وروي أن عثمان رضي الله عنه قال لعبده حين سأل الكتابة: أكاتبك على مائة ألفِ درهمٍ على أن تعدها في عدتين، والله لا أغصبك منها درهماً على ما ذكرنا، فقال العبد: فخرجتُ من عنده فتلقاني الزّبيرُ، [٤٦/ب] فقال: ما الذي أرى بك، فأخبرتهُ بالقصّةِ، فقالَ: ارجع، فدخلَ على عثمان، فقال: يا أمير المؤمنين قلت كذا، فقال: نعم، فغصب الزبير، وقال: كاتبه كما تقول، فكاتبني فانطلق بي الزبيرُ إلى أهله، فأعطاني مائة ألف درهم، وقال: انطلق فاطلب فيها من فضل الله تعالى، فأديتُ إلى عثمان مالهُ وإلى الزبير ماله، وفضلت في يدي ثمانون ألفاً وأيضاً فالكتابةُ إن كانت مشتقةً من الضم والجمع، فأقل ما يكون به الضم والجمع اثنان فيعتبر ضم نجم إلى نجم وإن كانت من كتابةِ الخط، فأقل ما تتقيد بهِ الكتابة حرفان فيفتقرُ إلى نجمين فإن قيل: يتقيد الخط وهو «لا» قلنا: كلمةُ لا حرفان وهو ألفٌ ولام والحرفان قد يتجانسان، كقوله ﷺ: «ما أنا من ددٍ ولا الددُ مني»[1]، وأرادَ اللعب، وقيل: إنها إذا كانت حالة لم تكتب غالباً وقد رفع الله تعالى الجناح في ترك كتبتها، فقال: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا﴾ [البقرة: ٢٨٢] والكتابة مشتقةٌ من الكتبة، وأمّا البيع فلأنه قادرٌ على ما يتوجه عليه بالمطالبة بتسليمه، وههنا عاجزٌ لأن العبدَ لا يملك شيئاً.

فَرْعٌ

لو كاتبه إلى أجل ساعتين بمالٍ عظيمٍ يجوز في ظاهر المذهب لأنه ربما يقدر على تسليمه بالاستقراضِ، وقيل: فيه وجهان.

فَرْعٌ آخرُ

لو كاتب من نصفه حرٌ ونصفه عبدٌ كتابة حالة لا نصَّ فيه، وظاهر المذهبِ أنه لا

(١) أخرجه البخاري فيا الأدب المفرد (٧٨٥)، (١/ ٢٧٤)، والطبراني في الكبير (١٩/ ٣٤٣).

يجوز، والأقيس جوازه لأنّهُ يقدر على تسليم ما يتوجّهُ عليهِ المطالبةِ بأدائهِ في الحالِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ [٤٧/أ] لعبدِه بعتُ نفسكَ منكَ بألف درهمٍ حالةٍ، قال ابن أبي هريرةَ: فيهِ وجهٌ يحتملُ أنه لا يجوز لأنه لا يقدر عليهِ، ونص الشافعيُّ رضي الله عنه في كتاب الإقرار على جوازه لأن العتق فيهِ يحصلُ قبل الأداءِ بخلافِ الكتابةِ.

مَسْألَةٌ: قالَ: فلو كاتبَ عَلى مائةِ دينارٍ مَوصوفةِ الوزنِ والعينِ إلى عشرِ سنينٍ أَولُهَا كَذَا وَآخرهَا كذا يُؤدي فِي انقضاءِ كلِّ سنةٍ منهَا كذا يجوزُ.

جملةُ هذا أن الكتابة لا تجوز حتى يكون الأجل معلوماً والعوضُ معلوماً، فالأجلُ أن يقول: كاتبتكَ على مائة دينارٍ إلى عشر سنين نصفها إلى خمسٍ والباقي إلى العشر، أو يقول: كاتبتكَ على مائة دينارٍ إلى عَشر سنين يحل في كل سنةٍ عشرها يعني عند انقضائها، ويجوز ذلك فإن أرادَ في خلالها لا يحوز للجهل، وقال في «الأم» لا بأسَ أن يجعل الدنانير في النجوم مختلفة إذا كان ما يحل منها في كل نجم معلوماً، فأما إذا قال: كاتبتكَ على مائة دينار إلى عشر سنينَ لا يصح لمعنى واحدٍ وهي أنها كتابةٌ إلى أجل واحدٍ ولا فرقَ بين أن يقول: يؤديها في عشر سنين أم لا بمضي عشر سنين حتى يؤدي بعضها عند انقضاءِ خمس سنين وبعضها عند تمام السنين لم يجز لأن البعضَ مجهولٌ، وأمّا العوضُ فيحتاج أن يكون مَعلوماً، فإن كاتبه على عوضٍ ينبغي أن يضبطه بالصفاتِ التي يضبط بها المسلم فيه وإن كاتبه على دراهم أو دنانير، وإن ضبط النوع والجنس جاز، وإن أطلقَ وللبلد نقد واحد جاز وانصرف إليه، وإن كان نقوداً مختلفةً [٤٧/ب] لم يجز حتى يعين ويضبطه ولا يجوز أن يقول: كاتبتكَ على مائة دينارٍ أو ألف درهم لأنه لا يدري على أي شيء عقد الكتابة. وجملةُ هذا أن كل عوضٍ وأجل يثبت في السلم يثبت في الكتابةِ، وما لا يثبت من العوض والأجل فيه لا يثبت في الكتابةِ.

فَرْعٌ

لو كاتبه على مالٍ إلى عشر سنين على ألا يؤدي أول كل سنةٍ كذا لم يجز لأنهُ يصير الأول منها حالاً.

فرع آخر

لو جعله في وسط السنة.

فيه وجهان: أحدهما لا يجوز لأن وسط السنة ما بين طرفيها فصار مجهولاً.

والثاني: يجوز ويكون المحل في نصف كل سنةٍ لأن الوسط على التحقيق موضوع لاستواءِ الطرفين.

فَرْعٌ آخَرُ

لو كاتبه على نجمين إلى سنتين على أن يكونَ النجم الأول في آخر السنة الأولى، والثاني: في أول السنةِ الثانية فيه وجهان، أحدهما: لا يجوز لأنها بالاتصال صارت نجماً واحداً، والثاني: يجوز لاستحقاق كل واحدٍ منهما في غير زمان الأولِ لأن الأول يستحق في آخر أجزاءِ السنةِ الأولى، والثاني: يستحق في أول جزء السنة الثانية، فصارًا مختلفين وإن اتصلا.

فَرْعٌ آخَرُ

لو لم يقل قدر ما يستحقُه كل نجم وأطلق فيه وجهان، أحدهما: الكتابَةُ باطلةٌ للجهل بقدر الاستحقاق، والثاني: الكتابَةُ جائزة ويكون المالُ مقسوماً على أعداد النجوم لأن الإطلاق يوجبُ التسوية، فإن كانت النجومُ خمسةً استحق في كل نجم خمس المال.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولا يعتقُ [٤٨/أ] حتى يقولَ في الكتابةِ، فإذا أديتَ هذا فأنت حرٌ.

الفَصْلُ

جملةُ هذا أن الكتابة تشتملُ على معاوضةٍ، وصفة المعاوضةُ قولهُ: كاتبتكِ على كذا وكذا، والصفة قوله، فإذا أديت إلى ذلك فأنت حرٌ، فإن ذكرهما جميعاً فهو النهاية، وإن ذكر المعاوضةِ ونوى الصفة بقلبه جاز. قال الشافعي رضي الله عنه: يقولُ فإذا أديت هذا فأنت حرٌ، أو يقول بعدَ ذلكَ، قولي: كاتبتكَ كانَ معقوداً على أنك إذا أديت فأنتَ حرٌ كما لا يكون الطلاقُ إلا بتصريح أو ما يشبههُ معَ النيةِ، فإن لم يذكره ولم ينوه لا يصحُّ، وقد ذكرنا حكم قوله: دبرتك وكاتبتكَ هل هما صريحان أم كنايةٌ؟ وقال أبو إسحق قولهُ: دبرتكَ جعله الشافعي صريحاً في العتق من العالم ولو كان من جاهلٍ كان كناية، وقوله: كاتبتكَ جعله كنايةً من الجاهل، ولو كانَ من عالم كان صريحاًفجعلهما صريحين من العَالم كنايتين من الجاهل وهذا فاسد لأن صريح الطلاق وكنايتهُ سواءٌ في حق العالم والجاهل كذلكَ هذا، وقال أبو حنيفة وأحمد قوله: كاتبتك صريحٌ في عقد الكتابةِ، ولا يحتاج إلى التقييدِ ولا إلى النيةِ وهذا لا يصح لما ذكرنا، وقال القفالُ: قال بعض أصحابنا: إذا ذكر ما تتميز به الكناية عن المخارجة كفاهُ مثل أن يقول: أعاملكَ وتعاملني أو أضمن لكَ أرش الجنايةِ أو

تستحق عليَّ الإيتاء من الذين يؤدي ومن سهم الرقاب.

مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَلا يجوزُ على العوضِ حتى يكون موصوفاً كالسلم.

وقد ذكرنا [٤٨/ب] ذلكَ، واعلم أن ههنا إشكالاً وذلكَ أن مشايخنا قالوا: المعقود عليهِ في الكتابةِ رقبة المكاتب وعند أبي حنيفة الإكساب، فإذا كاتبه على العوض فوجوب العوض على معنى السلم إذ لا يتصور في الذمةِ عوض من غير ذوات الأمثال إلا في السلم وفي السلم يعتبر رأس المال في المجلس والرقبةُ ما صارت مسلمة إليه في المجلس لأن تسليم الرقبة بالعتق، فبان أن الكتابةَ تنعقد على الإكساب، قلنا: هذا السؤال يتوجّهُ على المذهبين لأن الإكساب ما صارت مسلمةً في المجلس إذ المنافعُ غير مخلوقةٍ، فإن قيل: التحلية الموجودة في الحالِ جُعلت كالمنافِع المستقبلة في حكم الموجودةِ المسلمة للضرورة التي بنيت عَليها عقود المنافعِ، قلنا: ولمثل هذه الضرورة جعلت الحيلولة بين الرقبة في البيع والرهنِ وسائر التصرفات كالتسليم، ولهذه الضرورة باينت الكتابة سَائرها حتى جاز للرجل أن يعامل نفسه بملك نفسهِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولَا بأسَ أَنْ يكاتبَهُ على خدمةِ شهرٍ ودينارٍ بعدَ الشهرِ.

الفَصْلُ

صورة المسألة أن يكاتب عبداً على أن يخدمه شهراً ويؤدي ديناراً بعد الشهرِ وأراد الشافعي أن تكون خدمة الشهرِ متصلةً بعقد الكتابةِ فإن شرط تأخيرها لا يجوز، وإذا شرط اتصالها فقد عقدت الكتابة على نجمين مختلفين المنفعة والدينار، ولا بد أن يكون كل واحدٍ منهما معلوماً، فالمنفعة تعلم بأن يقول: تخدمني شهراً، أو تخيط أو تبني والدينار يعلم بما ذكرنا، وأطلق الشافعي أنه إذا كان [٤٩/أ] عَلى هذا الوجهِ فلا بأس، واختلفَ أصحابنا في هذا، فقالَ أبو إسحق: إنّما يصحُّ إذا جعل بينَ وقت أداءِ الدينار وانقضاءِ الشهر مُدّة، فيقول: تؤديه بَعد الشهرِ بيومين أو ثلاثةً، فأمّا إن شرط الأداءَ عقيب الشهر فلا يجوز لأن استيفاء المنفعة يتصل بالعقد والدينار يتصل استفاءُهُ باستيفاءِ المنافع فيصير ذلكَ في معنى النجم الواحد، فلا يجوز كما لو كاتبه على خدمةِ شهرٍ ودينارٍ يؤديه إليه في أثناء الشهرِ لا يجوز، وهذا اختيارُ القاضي أبي حامدٍ، ومن أصحابنا من قال: المسألةُ على ظاهرها ولا يحتاجُ أن يجعل بين الشهرَ والدينار مدةً لأنه يعتبر أن يختلف استحقاق النجمين واستحقاقهما مختلفٌ لأن المنافع تستحق عقيب الكتابة والدينار يستحق بعد انقضاء الشهرِ، وإنما استيفائهما يتصل، وهذا غير ممتنع. ألا ترى أنهُ لو كاتبَهُ على دينارين: دينار بعد شهرٍ ودينار بعد شهرين فأخّر المطالبة بالدينار الأولِ حين حل الدينار والثاني يستوفي الديناران

بمرّة واحدةٍ، ولا يؤثّر ذلكَ لأن وقت استحقاقهما مختلف، وهذا القائل يلتزمُ ما استشهد به أبو إسحقَ، فقالَ: إذا قالَ: كاتبتك على خدمة شهرٍ ودينارٍ تؤديه في أثناء الشهر جاز أيضاً للمعنى الذي ذكرنا وَهو أن وقتَ استحقاق النجمين مختلفٌ، وهذا اختيارُ أبي حامدٍ وهو الأصحُّ لأنّ الشافعي نصَّ في «الأم» على هذا، فقال: إذا كاتبه على منفعةِ شهرٍ لم يجز حتى يشترط أن يؤدي مالاً، إما معها أو بعدها وهذا اختيارُ [٤٩/ب] ابن أبي هريرةَ، والقفّالِ أيضاً، وقالَ القاضي أبي حامدٍ قوله: معها نقلهُ الربيع، وهذا خَطأ منه، فإن قيل: الخدمة نجم حالٌ، وذلكَ لا يجوز على مذهب الشافعي حتى لو كاتبه على دينارين: دينار عقيب العقدِ، ودينار بعد شهرٍ لم يجز، قيل: نحن إنمامنعنا الكتابة الحالة للعجز عن التسليم عقيب العقدِ، وإذا شرطنا التنجيم ولا بد منه، وإذا شرط عقيب العقد ديناراً فهو عاجزٌ عقيب العقد عنه، وإذا شرط خدمة شهرٍ، فهو قادرٌ على الخدمة والاعتبار بالمعنى لا باللقب والحلولُ لقبٌ، وقالَ أبو إسحق وغيره هذا نجم مؤجل ففي الحقيقة لأن الخدمة تتعلق بمضي المدة، وإنما نقولُ: المنفعة في الإجارة مقبوضةٌ حكماً على معنى أن للمستأجر التصرّف فيها، والعقد عليها، ولم يحصل فيها حقيقة القبض، ألا ترى أنه لو تلفت انفسخ العقد فيما بقي.

فَرْعٌ

قالَ في «الأم»: ولو كاتبه على خدمة شهرٍ ودينار بعد الشهرِ فمرض في أثناء الشهرِ مدةً بطلت الكتابة، قال أصحابُنا: هذا مبني على مسألة في البيع وهي أن من باع شيئين فتلف أحدهما قبل القبض، فالعقد باطلٌ في التالِف، وَهل يتعدى إلى الباقي طريقان، والشافعي رضي الله عنه نص ههنا أنه يتعدى، وقال القاضي الطبري: ههنا قولٌ واحد على ما نصَّ عليه لأن عقد الكتابة لا يقع على بعضِ العبد فإذا انفسخ في بعضهِ انفسخ في كلهِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: وليسَ لهُ أن يعطيه أحد الخدمة مكانه، ولا عليهِ إن أرادَ السيدُ ذلكَ [٥٠/أ] كما لو استأجر حُراً على أن يخدمه فمرض في الشهرِ لم يكن عليه ولا لَهُ أن يخدمَهُ غيره وانقضت الإجارة، وقال مالك: لا تجوز الكتابةُ على الخدمةِ أصلاً.

مَسْألَةٌ: قالَ: وإن كاتبَهُ بعدَ شهرٍ لم يجزْ لأنَّهُ قدْ يحدثُ مَا يمنعُهُ العملَ بعدَ الشهرِ وليسَ بمضمونٍ تكلف أنْ يأتيَ بمثلهِ.

قد ذكرنا هذه المسألة ومعنى هذا الكلام أن الإجارة على العين تجري مجرى بيوع

الأعيان ولا يجوز بيع عينٍ وتسليمها مؤخّر ولذلكَ قلنا: إذا أكرىٰ داره في رمضان لشوالٍ لا يجوز.

فَرْعٌ

قال في «الأم»: لو كاتبه على أن يخدمهُ شهراً حين كاتب وشهراً بعدَ ذلكَ لم يجز لأنه ضرب للخدمة أجلاً لا يكون على المكاتب فيه خدمتهُ.

فَرْعٌ آخرُ

قال: ولو كاتبه على أن يخدمه شهراً حين يكاتبه ثم يوفيه لبناً أو حجارة أو طيناً معلوماً بعد شهرٍ جاز وهذا أجلٌ للمالِ، ولو قال: على أن يخدمني شهراً وخياطةِ كذا وكذا عقيب الشهرِ جاز لأنه بمنزلة قوله: كاتبتكَ على خدمةِ شهرٍ ودينار بعدَهُ.

فَرْعٌ آخرُ

قال: ولو كاتَب على أن يضمن له بناءَ دارٍ وصفها وسمى معه ديناراً يُعطيهِ إياهُ قبلهُ أو بعدَهُ كانَ جائزاً لأن هذا عمل يكلف فعله كما يكلف المال ومعهُ نجم غيره، وكذلكَ إن كاتبه على ضمانِ بناءِ دارين، إحداهما في وقت كذا والأخرى في وقت كذا، كانت هذه كتابة جائزة وليس هذا كالعمل بيده إلى أجل معلومٍ لأنه إذا كاتب أو استأجر حراً على أن يعمل [٥٠/ب] بيده لم يكلّف أن يأتي بغيره يعمل له، وإذا ضَمِن عملاً كلفَ أن يوفيه إياهُ بنفسهِ أو غيره.

مَسْألَةٌ: قالَ: وإنْ كاتبَهُ على إنْ باعَهُ شيئاً لَم يجزْ.

عَلل الشافعي في هذه المسألة، فقال: لأن البيع يلزمُ بكل حالٍ، والكتابة لا تلزمْ متى شاءَ تركَها.

فإن قيل: هذا التعليل كيف يستقيمُ؟ ولا فرق في فساد مثل هذه الصفقة بين عقدين كلاهما لازمٌ كالبيع والإجارة وبين عقدين، أحدهما: لازمٌ، والثاني: غير لازم، قلنا: هذا التعليلُ دليل على أن مُراد الشافعي بتصوير المسألةِ أن لا يجعل أحد العقدين شرطاً في الثاني كما توهمناهُ وعللنا له، ولكن صورة مسألته أن يقول: كاتبتكَ وبعتُ منكَ هذا الثوب بألفِ درهم فجعل الألفَ ثمنَ الثوب ومال الكتابةِ، وذكر الأجل والنجوم فإذا تصور العقد بهذه الصورة ففيه قولان، أحدهما: وبه أجاب ههنا أنهما باطلان للعلةِ التي ذكرناها وهي أنهما عقدان مختلفان جمعهما في صفقةٍ واحدةٍ لأن البيع يلزم بكل حالٍ، والكتابة لا تلزم

متى شاءَ تركها، والثاني: أن العقدين صحيحان ومن أصحابنا من قال: البيع باطلٌ قولاً واحداً وفي الكتابة قولان، لأن أحد شطري البيع لاقى عبده القن ولا يصح مبايعة السيد عبده، ويمكن أن يجاب عنه بأن البيع يقع مع الكتابة فلا يؤدي إلى أن يتبع من عبده القن، وإنما يقع البيع من مكاتبه، فأمّا إذا تصورت المسألة إذا قال: [٥١/أ] كاتبتك على أن تشتري مني هذا العبد بكذا، فالكتابة باطلةٌ قولاً واحداً، وَهي باب البيعتين في بيعةٍ واحدةٍ فلو أدى النجومَ ههنا عتق وتراجعا بالقيمة سواءٌ باعهُ ذلكَ الشيء أو لم يبعه لأنه لم يجعل البيع صفةً في العتاق يقفُ العتاقُ على وجودها، وإنما الصفة أداءُ النجوم، وهَذا شَرط زائدٌ فاسد، وقال القاضي الطبريُّ في الصورةَ الأولى لا يختلفُ المذهبُ أن البيعَ باطل لما ذكرنا من العلة. وأمّا الكتابة قال أبو إسحق: يبطل أيضاً لوجهين، أحدهما: ما ذكرنا أنه جمع بين عقدين مختلفين الحكم، والثاني: أنه جمع بين الصحيح والفاسد بثمنٍ واحدٍ ونصَّ الشافعي في «الأم» على فساد الكتابة، ونقله المزنيُّ، وذكر في «الإفصاح» في المسألة وجهين، أحدهما: يبطلان، والثاني: يصحان، وهو خطأٌ لا شكّ فيه لأن البيع لا يصحُّ قولاً واحداً، وإذا صححنا الكتابة وحدها، فهي بجميع العوضِ فعليه أداءُ جميع النجوم، والثاني: بحصته فتوزع النجوم على قيمته وقيمة الثوب، ولا فائدة في إثبات الخيار لمكان هذا التفريق لأن المكاتب أبداً بالخيار، وإذا قلنا: الكتابة فاسدة فعليهِ إذا جمع النجوم لتحصل الصفة فيعتق به، ثم يتراجعان بالقيمة، وقال بعض أصحابنا بخراسان: ويحتمل قولاً آخرَ أنه إذا أدى ما يخص قيمتَهُ من النجوم عتق وتراجعا بالقيمةِ الكاملةِ، ولو أفرد الكتابة بالعوضِ عن البيع فسد البيع وصحت الكتابة، ولو كاتبه كتابةً صحيحةً ثم اشترى السيدُ من مكاتبه، أو المكاتب من سيده كان جائزاً [٥١/ب] لأن السيّد حينئذٍ ممنوع من مال مُكاتبهِ نَصَّ عليه في «الأم».

فَرْعٌ

قال ابن سريج على دينارين: دينار يؤديه بعد شهرٍ، ودينار يؤديه بعدَ شهرين على أنه إذا أدى الدينار الأول عتقَ وأدى الدينار الآخر وهو حرٌ كانَ فيه قولان، قال بعض أصحابنا: بنى هذه المسألة على الأصل الذي ذكرناهُ وهو أن الصفقة اشتملت على كتابةٍ وعتق بصفةٍ يقع قبل الأداءِ وهما مختلفا الأحكام فإن الكناية من شأنها أن لا يقع العتق فيها قبل الأداءِ والعتق على صفةٍ، وعلى مالٍ من شأنهِ أن يقع ثم يتبعُه الأداءُ فهما عقدان مختلفان فيهما قولان، قال: وليس يمتنع أن يسبق العتق الأداءَ في الكتابةِ، فإن الشافعي قالَ: إذا كاتب عبده على نجمين فأدى أحدهما ثم عجز عن الآخر أو لم يعجز، فقال السيدُ: أعتقني وأنا أؤدي إليك النجم الآخر، كان جائزاً ويقع العتقُ ويكون المال ثابتاً يؤديه في نجومهِ، ومن أصحابنا من قالَ: هما قولان مختصان بهما، أحدهما: يفسد العقدَ لأنه

شرط فيهِ ما يُنافيهِ لأن مقتضى الكتابة أن يعتق بعد أداءِ جميع النجوم فقد شرط خلافه، والثاني: يصح العقد لأنه لو كاتبه مطلقاً فأدى بعض المال فأعتقه على أن يؤدي الباقي بعد عقته جاز على ما ذكرنا فإذا شرط في الابتداءِ وجبَ أن يصح.

فَرْعٌ آخَرُ

لو كاتب عبده على مالِ الغير لم تجز الكتابةُ سواء كان المال في يد العبدِ لذلكَ الإنسان أو في يد المالك، وقالَ أبو حنيفة: يصح على الدراهم [٥٢/أ] والدنانير لأنهما لا يتعينان، فالقصد من الإشارة إليهما المقدار وفي العروض اختلفوا إذا أذن له ربُّ العرضِ في أن يكاتب عليه فمنهم من قالَ: لا يجوز ومنهم من قالَ: يجوز، وملكَ السيد ذلكَ العوض، وعندنا حصلت الكتابة فاسدة، ولكنه إذا أذن له ربُّ المالِ بإعطائه سيده فأعطاهُ وقع العتق ثم يترادان، القيمة لفسادِ الكتابة وإن أدى بغير إذن المالك لا يحصل العتق بدفع المستحق بخلافِ ما لو قالَ: إن أديت إلي هذا فأنتَ حرٌ، فإذا أدى عتق وإن كان مستحقاً لأنه محض الصفةِ وهذه كتابةٌ فتقتضي التمليكِ، وإذا وجد إذن المالك، فقد وجد مقتضى التمليك غير أن الرّد وأخذ القيمة إنما لزمَ لفساد الكتابة.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو كاتب على مائة دينارٍ يؤديها إليه في عشر سنين كان النجم مجهولاً لا يدري في أولها أو آخرها وقد ذكرنا هذه المسألة، قال المزني: وكذلك لو قال تؤدى في كل سنة عشرةً مجهولٌ أيضاً لأنه لا يدري في أول كل سنةٍ أو في آخرها حتى يقول في انقضاء كل سنةٍ عشرة.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو كاتبَ ثلاثة كتابةً واحدةً.

الفَصْلُ

إذا كاتب الرجل ثلاثة أعبد أو أربعةً على عوضٍ واحدٍ صفقة واحدةً نص الشافعيُّ رضي الله عنهُ أنه يجوز فمن أصحابنا من قالَ: هوَ على قولٍ واحدٍ لأن البائع والمشتري في الحقيقة هو السيد وهو واحد فصار كما لو باع عبداً من رجل بثمن واحدٍ ومن أصحابنا من قالَ فيه، قولان: كما لو تزوّج أربع نسوةٍ في عقدٍ واحدٍ بمهرٍ واحدٍ هل يجوز المهر فيه؟ قولان: وقد مضى شرح ذلكَ فيما تقدم، وقال أبو إسحق: لو اشترى ثلاثة أنفس ثلاثةً أعبد من مالكٍ كل واحدٍ منهم عبداً كاملاً بثمن واحدٍ لم يصح قولاً واحداً حتى يكون ثمن كل واحدٍ من العبيد مَعلوماً [٥٢/ب].

ويُفارقُ هذا عقدَ الكتابةِ على ثلاثة أعبدٍ فإنهُ يصحُّ في أحد القولين. والفرقُ أن المقصود من الكتابةِ القربةُ فخفَ حكمها والمقصود من البيع المعاينة فيغلظ حكمه ولهذا ينفذ

العتقَ في الكتابة الفاسدة، ولا يحصل المقصود في البيع الفاسدِ وأيضاً الثمن مقصودٌ في البيع وليس بمقصودٍ في الكتابة فافترقا وهكذا قال ابن أبي هريرة والاصطخري والقاضي الطبريُّ. وقال ابن سريج فيهما، قولان. قال أبو حامدٍ والمذهب هذا، لأن الشافعي نص في الكتابةِ على قولين وهي مثل البيع سواءٌ في باب العوضِ صحةً وفساداً.

فإذا تقرر هذا فإذا قلنا: تصح الكتابةُ، وبه قال مالكٌ، وأبو حنيفة، قال الشافعي: المائة مقسومةٌ على قيمهم لا على رؤوسهم لأن المعقود عليهِ رقابهم وقيمها مختلفة فهي بمنزلةِ أعيان السلع في البيوع يوزعُ الثمن على قيمها وتعتبر قيمتهم يومَ عقد الكتابةِ لأنه وقت زوال سُلطان السيّد عنهم.

وأيّهم أدى حصّتهُ عتق وأيّهم عجز رق وهذا كما يقول لكل واحدٍ من النساءِ أن يُطالبَ الزوج بما يصيبها من المستحق دون ما يصيبُ صواحبها إذا جمع بينهن بنكاح واحدٍ على صداقٍ واحدٍ، ولذلكَ إذا باع عبدين فمات أحدهما قبل التسليم يجب للبائع مُطالبةُ المشتري بثمن العبدِ الذي سَلمهُ إليهِ فثبتَ أنه لا يتعلق أداءُ واحدٍ منهم بأداءِ صَاحبه ولا عجزه بعجزه فإن قيل: الكتابَةُ [٥٣/أ] عند الشافعي عتقٌ بصفةٍ والمكاتب يعتقُ بقولهِ: فإذا أديت إلي كذا فأنت حرٌ، فإذا قال لهم السيدُ: إذا أديتم إليّ كذا في نجمين فأنتم أحرار فأدى واحدٌ منهم بعضه وجبَ أن لا يعتق لأن الصفة لم توجد، قلنا: هذا فيما إذا كانَ عتقاً بصفةٍ فأمّا إذا كان معاوضةً وهو الكتابةُ فحكمه حكم المعاوضات وإن كانَ فيهِ عتق بصفةٍ، ألا ترى أنه لو كاتبه ثم أبرأهُ من مال الكتابة عتق! ولو مات السيدّ فأداهُ إلى وارثهِ عتق ولم توجد الصفةُ في هذين الموضعين فدل على ما قلناهُ، وقال بعض السلف يتوقفُ عتق أولهم على آخرهم. وحكى عن أبي حنيفة أنه قالَ: لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي كل المالِ فيصير بعضهم ضامناً عن بعض من غير ضمانٍ ولأحدهم أن يؤدي جميع النجوم بل عليهِ ذلكَ، إذا طالبهُ السيدُ بالجميع ليعتق هو وأصحابه ثم يرجع على أصحابهِ بحصتهم وبه قالَ مالكٌ، وقالَ بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولٌ آخرٌ يوزع عليهم النجومُ بالسويّةِ على عدد الرؤوس، وهذا غريبٌ، قال الشافعي وإن مات أحدهم قبل أن يؤدي مات رقيقاً كان له ولدٌ أولم يكن وقصد به الرّد على مالكٍ حيث قال: يقوم ولدهُ مقامُه في الأداءِ وعند أبي حنيفة لا تبطل الكتابةُ بالموت إذا كان له وفاء سواءٌ كانَ هناكَ ولد أم لا، وهذا لا يصحُ لأن العقد معَ الوالدِ لا مع الولدِ وقد مات مقصود الصدقة بموتهِ، وهو العتق وإذا قلنا: الكتابة فاسدةٌ فقد بطل حكم المعاوضةِ وبقي حكم الصفةِ، [٥٣/ب] فإن الكتابةَ مشتملةٌ على معاوضةٍ وصفةٍ، فإذا بطل أحدهما بقي الآخر وللسيد إبطالُ الصفةِ هناكَ والرجوع فيها لأنّهُ التزمها على أن يحصل له العوض الذي سماهُ، فإذا لم يسلم له ذلكِ كانَ له الرجوع.

ثم ينظر فإن رجع فيها وأبطلها بطلت وإن لم يرجع حتى أدى المال عتقوا لوجود الصفةِ، ويستحق السيد عليهم قيمتهم لأنه أزال ملكه بشرطٍ أن يحصل له العوض، فإذا لم يحصل استحق استرجاع الرقبة فإذا تعذّر استرجاعها لتلفها استحق السيد قيمتها كما لو باعَهُ شيئاً بيعاً فاسداً وسلمَهُ وتلفَ عند المشتري يجب عليه قيمته ويحتسبُ له بما أدى ويتراجعان.

الفَصْلُ

وإذا أدى واحدٌ من العبيد حصتَهُ فظاهرُ كلام الشافعي ههنا ونص عليهِ في الإملاءِ أنه يَعتق لأن الكتابة الفاسدة محمولة على الكتابةِ الصحيحةِ، والصحيحةُ لو أدى أحدهم نصيبَهُ عتقَ، ومن أصحابنا من قال: لا يعتق لأن المعاوضة بطلت لفسادها وتجردت الصفة فلا يعتق حتى توجد كمال الصفةِ وهذا اختيارُ القفال، فإن قلنا: بالأول حصل التراجعُ بينه وبين سيده بما أدى من النجوم وبجميع قيمته وبقي الآخر على كتابته الفاسدة بحصته من النجم إلا أن يفسخ السيد كتابته، فتنفسخ.

وإن أدى الوارثُ بعد موت السيدِ أو أبرأه السيدُ، أو أدى الغير عنهُ متبرعاً [٥٤/أ] أو أدى غير جنس نجم الكتابةِ لا يعتق لأنه لم توجد الصفةِ إذا كانت الكتابة فاسدةً، وقال أبو حنيفة: يعتق بكل ذلك كما في الكتابةِ الصحيحةِ، فإن قيل: العتق المطلق بصفةٍ لا يمكن إبطاله بقوله: أبطلت فلم قلتم ههنا إذا أبطلها السيد بطلت، قلنا لأن هذه ليست بصفةٍ مجردةٍ بل بناها على المعاوضةِ، فإذا لم يسلم العوض لم يلزمه حكم الصفةِ.

مَسْألَةٌ: قالَ: ولو أدّوا فقالَ: مَن قَلّتْ قيمتُهُ أدينا عَلى العَددِ.

الفَصْلُ

معنى هذه المسألةِ أنه كاتبهم على مائة دينارٍ، وقلنا: يصح وكانت قيمة أحدهم خمسينَ وقيمة الآخر ثلاثينَ، وقيمة الآخر عشرين، فأحضروا ستين دينارً ووزنوها، فقال من قيمتَهُ عشرونَ أنا عتقتُ لأني قد أديت عشرين وهي حصتي لأن الستين التي أدينا هي بيننا أثلاثاً، وقال الآخران: إنما أدينا على قيمنا فلم يعتق واحدٌ منا، قال الشافعي، فالقول قولُ من قال: أدينا بالسوية لأن الظاهر أنه في أيديهم أثلاثاً حين وزنوه وسلّموه، فإن قيل: إذاكانَ المال الذي حملوهُ سبعين ديناراً يجب أن لا يقبلوا قول من قلت قيمته أنه على عَدد الرؤوس لأنه حصته أكثر مما عليهِ، قلنا: قال أبو إسحق: يجوز أن يكون حمله ليؤدي الزيادة على أصحابه، وقال الماسرجسي يجوز أن يكون حملَ أكثر مما عليهِ حتى إن زيف

شيء منها بدلَهُ، [٥٤/ب] ولا ينصرفُ إلاّ حراً. ومن أصحابنا من قالَ: صورة المسألة أنهُ كاتبهم على مائةٍ وقيمة أحدهم مائةٌ وقيمة كل واحدٍ من الآخرين خمسونَ فأدّوا مائة، ثم اختلفوا، فقالَ من كثرت قيمتُهُ أديناها على قدر ما علينا فأديت أنا النصف وأنتما النصف فعتقنا، وقال: من قلّت قيمته بل أديناها أثلاثاً فأدّيناها بأكثر مما علينا لنرجع بها عليكَ أو وديعة عند سَيدنا، قالَ الشافعيُ: ههنا القول قول من قلّت قيمته، وقال في موضع آخرَ القولُ من كثرت قيمتهُ، واختلفَ أصحابنا فيه على طريقين، أحدهما: المسألةُ على قولين: أحدهما: القول قول من كثرت قيمته لأن الظاهرَ معهُ لأن من عليهِ قدر من المال لا يؤدي إلى سيده أكثر منهُ فرجحت بذلكَ دعواهُ، والثاني: القولُ قولُ من قلّت قيمته لأن يد كل واحدٍ منهم على ثلثه فكان القول قوله فيه.

قال أبو إسحق: وهذا كما أن ثلاثةً اشتروا من رجلٍ عبداً بمائة دينارٍ، اشترى أحدهما نصفهُ والآخران نصفَهُ وسلموا إليهِ مَائةَ دينار، وقالوا: هذه وديعةٌ عندكَ لتدفع إليكَ الثمن منها، ثم اختلفوا فقالَ: من قال ما عليهِ هي بيننا أثلاثاً كان القول قوله. وقال الشيخ أبو حامدٍ: هذا ضعيف لأن هذه وديعة وههنا دفعوهُ بما عليهم. قال: وأمّا ما احتجّ بهِ القائل الأول، فلا يصحُّ لأن اليدَ أقوى من هذا الظاهر، ألا ترى أنه لو اختلفَ العطارُ والدباغُ في آلة العطرِ وهي في يد الدباغ كان القولُ قولهُ [٥٥/أ].

والطريقُ الثّاني: المسألتان على اختلافِ حالين، فالموضع الذي قالَ القولُ قولُ من قلّت قيمتُه إذا كانَ المدفوع دونَ ما عليهم يشتركونَ في أدائه لأن الشافعي فرضها في «الأم» إذا أدّوا ستين ديناراً.

والموضع الذي قال القول قولُ من كثرت قيمته أرادَ إذا كان المدفوع جميع مَا عليهم لأن الظاهر أنهم أدوا ما عليهم، قالَ أبو حامدٍ: هذا تخريجٌ مليحٌ إلا أنه مخالفٌ لنص الشافعي لأنه نص على أن القول قول من قلّت قيمته إذا أدوا مائة دينار أو ستين، قال أصحابنا: وهكذا الحكم في كل شريكين اشتريا جميعاً وثبتَ الثمنَ عليهما على الاختلافِ فأدّيا ما عليهما، ثم اختلفا، فقالَ أحدُهما: أدينا على التفاضلِ، وقال الآخر: أدينا على العدَدِ، وقال بعضُ أصحابنا بخراسان: إن كانَ الاختلاف في نجم سوى النجم الأخير، فالقول قولُ من يقول: أدينا على العَدد فإنه قد يؤدي زيادة ليحتسبَ به في النجم الثاني، وكَذا في النجم الأخير إذا أدى الذي قالَ: أدينا على العَددِ قدراً يتم به نجمهُ، وَلا يبقى زيادة، والآخر يقول: أدينا على القيمةِ، فالقول قولُ من يقول: أدينا على العَددِ وإن أدوا في النجم الأخيرِ، وقالَ الذي قالَ: أدينا على العَددِ، إني أدّيتُ أكثر مما عليَّ لا يسترد البعضَ، وقالَ الآخرونَ: بل أدينا على القيمةِ وكل واحدٍ منا أدى القدر الذي عليهِ، فالظاهرُ

مع هؤلاءِ الذين يقولونَ: أدينا على القيمةِ، فالقولُ قولُهم.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو أدى أحدهُمْ عَن غَيرهِ [٥٥/ب] كان له الرجوعُ.

الفَصْلُ

جُملةُ هذا أنه إذا أدى مكاتب عَن مكاتب فلا يخلو، إمّا أن يكونا مكاتبي رجل أو مكاتبي رجلين، فإن كانا لرجلٍ واحدٍ لم يخل إمّا أن يؤدي عنهُ قبل العتق أو بعدهُ، فإن كانَ قبل العتق، فإن كانَ ذلكَ بغير علم السيد لم يصح الأداءُ لأنه إن فعل ذلكَ بغير إذن المؤدي عنه فهو هبة وإن كان فعله بإذنِهِ، فهو قرضٌ، والمكاتبُ لا يملكُ هبة المالِ ولا الإقتراض بغير إذنِ السيّدِ، وإن أدى بعلم السيِّدِ فعلمه يجري مجرى إذنه ففيه قولان، كما لو ذَهَبَ شيئاً بإذن سيده إذا أقرضه بإذنه، فإن قلنا: لا يصح، قال الشافعي كان له الرجوع وأرادَ به أنّ له أن يرجعَ على السيدِ بذلكَ فيسترجعهُ. قال أبو إسحق: ولو سألَ السيدُ أن يحتسبَ له من نجومهِ كان عليه أن يفعله ثم يطالب السيد المؤدي عنه، وإن لم يسأل السيدُ ذلكَ، ولكن عليه النجم احتسب السيدُ منه.

وإن لم يسترجع ذلك حتى أدى مَا عليهِ وعتق فهل له أن يسترجع؟ ظاهرُ كلام الشافعي أنه لا يسترجع لأنه لم تصح هبته وإقراضهُ لنقصانهِ، فلما عتق وصارَ حراً كاملاً صحّ ذلك منهُ، وقال أبو إسحق: العلةُ فيهِ أنه إذا عتق وهو كاف عن المطالبة فقد صحّ الأداءُ عن من أدى عنه من الآن، وكانت الاستدامةُ في ذلك بمنزلة ابتداءِ الأداءِ، ومن أصحابنا من قالَ: له الاسترجاعُ أيضاً لأن ذلكَ وقع فاسداً في الأصل فلا يصحُّ بعد ذلكَ. وقالَ القفال: فيه وجهان، أصلهما: أن تصرّف المحجور عليه لحق الغير [٥٦/أ] باطلٌ أو موقوفٌ كتصرّفِ المفلسِ حتى إذا أطلقَ الحجرَ ينفذ؟ فيه قولان. وقيل: نَصَّ الشافعيُّ ههنا أنه لا يسترجعُ ونصّ إذا عفا المكاتب سيده عن أرش الجنايةِ عليهِ لا يصحُّ وله الرجوع عليه وإن عتق نفذ، ولا فرق بينهما على قولين، فإذا قلنا: بالأول ينظر فيه، فإن كان أدى عنهم على أن يرجع عليهم كانَ له الرجوع بما أدى عنهم، فإن كانوا قد عتقوا طالبهم كمايطالب الأحرار بما عليهم من الديون، وإن كانوا لم يعتقوا، فهو بمنزلة الدين الذي يجبُ على المكاتب، فيقالُ له: إن عليكَ ديناً كهذا ونجوم الكتابةِ للسيّدِ فإن أمكنكَ أداهما جميعاً، فأد كليهما، وإن لم يمكنك ذلكَ، فالدين مقدم على النجوم لأن الدين لازمٌ والكتابة ليست بلازمةٍ، ويمكن السيدُ الرجوع إلى رقبتهِ من حقهِ بخلاف صَاحب الدين، فيقال للسيد: إن رضيتَ الصبر حتى يقضي الدين ثم يكتسب لكَ، وإلا عجزناهُ لصَاحب الدين، فإذا عجز دفعَ إلى من أدى عنه ما وجد في يدهِ ثم يُباع من رقبته بقدر ما بقي، هكذا ذكره القاضي الطبريُّ وربما أرادَ به إذا

كانَ الدين دين الجنايةِ ولا يحتمل غيره.

وإن كانَ الأداءُ عنهم بعد عتقه فالأداءُ يصحُّ لأنه حرٌّ يصح منه قضاءُ دين الغير، ثم ينظر فإن كانَ أدى بغير إذنه لم يرجع وإن كانَ بإذنه، فالحكم على ما ذكرنا.

وإن كانَ المكاتبان رجلين فأدى أحدهما عن الآخرِ فإن كان ذلكَ بعد العتق صح الأداء والحكم فيه على ما مضى، وإن كانَ قبل العتق لم يصح سَواءَ كان بإذن المكاتب الآخر، أو بغير إذنه لأنه يكون هبةً وقرضاً [٥٦/ب] لا بإذن السيدِ، فلم يصح، ولا فرق بين أن يكونَ بعلم السيد أو بغير علمهِ، ويفارقُ هذا إذا كانا لواحدٍ لأن المالَ إذا حصلَ في يدِ السيّدِ وعلم به قامَ ذلكَ مقامَ إذنه وههنا يحصل المالُ في يد غير السيدِ فيكون هبةً وقرضاً بغير إذنه، وإن كانَ ذلكَ الأداءُ بإذن سيده ففيه قولان، وقال القفالُ: إن أدى بإذن السيّدِ والمؤدى عنهُ فجائز لأن إقراضَهُ بإذن السيّدِ جائز قولاً واحداً، وإن كانَ بإذن السيدِ لا بإذن المؤدى عنه، ففيه قولان، لأنه هبةٌ بإذن السيّدِ، وهذا أحسنُ، ولكن ما تقدم أصحُّ عندي، وقال في «الحاوي»: الصورة الأولى إذا أدى أحدهم عن صَاحبِهِ بإذنه ليرجع به كالقرضِ، وجوزنا لم يخل حال المؤدي، والمؤدي عنه من أربعة أحوالٍ، أحدها: أن يعجزا فيرقا فلا رجوع للمؤدي بما أدى لا على سَيدِهِ، ولاَ على المؤدي عنهُ لأنه لا يثبتُ للسيّدِ على عبده مالٌ، ولا لعبده على سيده، والثانيةُ: أن يؤديا فيعتقا فللمؤدي أن يرجع على المؤدىٰ عنه بعدَ عتقه بما أداهُ. والثالثة: أن يعتق المؤدىٰ عنه ويبقى المؤدي على الرق، فينظر في عتقَ المؤدي عنهُ فإن كانَ بغير مَا اقترضه المؤدي نفذ عتقه، وكان المال المؤدى عنهُ ديناً للسيدِ عليه وإن كانَ عتقه بما اقترضَهُ المؤدي فيه وجهان خرجهما صَاحبُ «الإفصاح» أحدهما: أن عتق المؤدي عنه قد نفذ ورق المؤدي قد استتر ويكون الأداءُ ديناً للسيدِ يرجعُ به على المعتق اعتباراً بحكم الأداءِ والعجزِ، والثاني: [٥٧/أ] لا يعتق المؤدي عنه بذلكَ ويحتسب به للمؤدي فإن كان بقدر الباقي عليه من كتابته عتق به وأعيد المؤدي عنه إلى رقهِ وإن كانَ أهلاً أعيدا معاً إلى الرق اعتباراً بحالِ الكسبِ، والرابعةُ: أن يعتق المؤدى عنه وهو على رقه فللمؤدي عنه ثلاثة أحوال، أحدُها: أن يكونَ في يده ما يفي بمال الكتابةِ وبدل ما اقترضَ فيؤديهما ويتحرّر، والثاني: أن يعجز عن باقي الكتابةِ وعن القرض جميعاً فللسيدِ أن يعيده إلى رقهِ ويكون قرض المؤدي في ذمة العبدِ إذا عتق وأيسر رجع به عليهِ، والثالثة: أن يكونَ في يده ما يصرف في أحدهما: إما في عتقه أو في قرضيه فيقال للمؤدي انتظره بقرضك حتى يؤدي ما بيده في قرضه فإن أجاب فعل ذلكَ وإن امتنعَ قيل للسيدِ: انتظره بنفسهِ حتى يؤدي ما بيده في قرضهِ فإن أجابَ فعل ذلك، وإن امتنع وتنازعَا فالمؤدي للقرض أولى به على ما ذكرنا وهذا ترتيبٌ حسنٌ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: لا يجوزُ أنْ يتحملَ بعضهمْ عَن بعضٍ.

يعني إذا كاتب ثلاثة أعبدٍ على ما ذكرنا لا يصير بعضهم ضامناً عن بعضٍ خلافاً لمالكٍ وأبي حنيفة، فانفرد مالك بأن قالَ: إذا قعد بعضُ العبيد عن الاكتساب والأداءِ كان للثاني: إجبارُهُ على ذلكَ وإلزامهُ للاكتسابِ والأداءِ وقالَ أيضاً: إذا أعتق السيدُ واحداً منهم نُظر فإن أعتق من لا كسبَ له جاز لأنهُ لا يضرّ على الباقين وإن أعتق من له كسبٌ لم يجز لأن على الباقينَ ضرراً فيهِ وَهذا غلط لأنها معاوضةٌ مطلقةٌ، فلم يلزم كل واحدٍ منهم إلا قدر ما يخصهُ من العوضِ كما في البَيع، ولو شرطَ عليهم في العقدِ [٥٧/ب] أن كُلَّ واحد منهم ضَامنٌ عن الباقين كانت الكتابةُ فاسدةً خلافاً لمالكٍ وأبي حنيفة، وهذا ليس بلازمٍ ولا إلى اللزوم، فلا يصحُّ ضمانه وأيضاً لا يجوز لضمان من المكاتب لأنه لا يصح أن يضمن عن حُر ولا عن مكاتب ليسَ معَهُ في عقد كتابته، فلا يصح هذا الضمان أيضاً، ثم قال الشافعيُّ رضي الله عنهُ ولا يجوز أن يتحمل مال الكتابةِ حرٌ لأن الضمان لا يجوز إلا في اللازم، ومَال الكتابة غير لازمٍ لأن له أن يزيله عن نفسهِ، أي وقتٍ شاءَ ولو شرط ذلكَ في عقد الكتابة فسد لأن الكتابةَ تفسد إذا شُرط فيها شرط فاسد، قال أبو إسحق: وَكذلكَ لو كاتب عبده على أن يضمن عنه رجل بعينه حر كانت الكتابة فاسدةً.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولَو كاتبَ عبداً كتابةً فاسدةً.

الفَصْلُ

اعلم أن العتق المعلق بالصفات على ثلاثةِ أضربٍ عتق معلقٌ بصفةٍ محضةٍ لا مدخل للعوض فيها، كقوله: إن دخلتَ الدار فأنتَ حرٌ، وإن كلّمتَ زيداً فأنت حرٌ ونحو ذلكَ. وفي هذا المعنى إذا قالَ: إن أعطيتني فأنتَ حرٌ فإن هذا وإن دخلَهُ عوضٌ إلا أن المغلبَ فيهِ حكم الصفةِ فلهذه الصفة ستةُ أحكامٍ، أحدها: أن تقع لازمةً لا سَبيل للعبد ولا للسيدِ إلى فسخها بحالٍ ولا أن يتفقا على فسخها لأنها عقدت وعلقَ بها العتق، وهو حق الله تعالى فلزمت.

والثاني: أن السيد لو أبرأهُ عن المال الذي علق عتقه بهِ لم يعتق لأنه علق بأداءِ المالِ، وفي الإبراءِ لم يوجد الأداء.

والثالث: [٥٨/أ] إذا مات السيدُ بطلت الصفةُ لأن إطلاق الصفات يقتضي وجودها في حال الحياةِ.

والرابعُ: إن كسبَ العبدِ قبل أداءِ المالِ يكون لسيده لأنه باقٍ على ملكه، ولم يوجد ما

يقطع تصرفه.

والخامسُ: أنه إذا أدى المال عتق لوجودِ الصفة وما في يده من فضلِ الكسبِ لسيدهِ كما أن لمثل الكسب كانَ لسيده.

والسادسُ: لا يثبت بين سيده وبينه تراجع لأنه لم يثبت جهته يثبت بينهما التراجعُ.

والضربُ الثاني: عتق معلقٌ بصفةٍ وعوضٍ والمغلب فيهِ حكم العوضِ وهو الكتابة الصحيحة، فالمعاوضة لا بد من ذكرها، وهو قوله: كاتبتكَ على كذا أو الصفة لا بدّ من ذكرها باللسان أو ينويها بقلبه على ما ذكرنا. وإنما علينا حكم العوض ههنا لأنه لو كان المغلب للصفةِ لاحتيج إلى ذكرها كما في القسم قبله ولا يعتبر ذلك بل تكفي النيةُ بالقلب، ويتعلق بهذا أيضاً ستةُ أحكام، أحدها: أنها تقعُ لازمةً من جهة السيدِ لا سبيل له إلى فسخها لأنها معاوضة كالبيع، فأما العبد فليس له فسخ العقد ولكن له أن يمتنع من الأداءِ متى شاءَ ثم يكون للسيد الفسخُ، وإن اتفق السيدُ والعبدُ على فسخ الكتابة جاز، ويكون ذلك بمنزلة الإقالةِ في البيع ويلزمُ ذلك.

والثاني: أن السيد لو أبرأ من مال الكتابة عتق كالبائع إذا أبرأ المشتري عن الثمن صح وبرئت ذمته وملك المبيع تاماً.

والثالث: إذا ماتَ السيدُ لا تبطل بل يؤدي المال إلى ورثتِهِ ويعتق كالبَيع.

والرابعُ: إن كسبَ العبد قبل الأداءِ يكون له لا لسيده لأنه عقد مع سيدهِ عن التصرفات فيه وأخذ كسبه فهو كما لو باع العبدَ، كان الكسب للمشتري [٥٨/ب].

والخامسُ: أن المكاتب إذا أدى المال عتق وَلا تراجعُ.

والسادسُ: إذا أدى ما عليهِ وعتق وبقي فَضل الكسب في يده فهو له ملكاً تاماً.

والضَّربُ الثالث: عتق معلقٌ بصفةٍ وعوضٍ والمغلب فيه حكم الصفةِ، وهو الكتابةُ الفاسدة ولهذه الصفةِ أحكامٌ ستةٌ، أحدها: أنها تقع غير لازمةٍ من جهة السيدِ، وله أن يرجعَ فيها متى شاءَ لأنه التزمها بشرطِ أن يحصل له العوض المشروط، فإذا لم يحصل كانَ له الرجوع ويفارق الصفةَ الأولى لأنها صفة محضةٌ التزمها بمجردها فلزمته، ثم إذا ثبت أن الصفة لا تلزم له أن يفسخها بنفسهِ وله أن يرفعها إلى الحاكم حتى يفسخ الحاكم كما لو وجدَ عَيباً بما اشترى له الفسخ بنفسهِ وله المرافعة إلى الحاكم حتى يفسخ. قال الشافعيُّ: وأشهد على ذلكَ ولم يرد بهِ أن الشهادة شرط وإنما أرادَ أنه يُشهد عليهِ حتى يثبت أنه قد رجع فلا يمكن العبد جُحود ذلكَ لأنهما لو اختلفا في الرجوع، ولم يكن مع السيّد بيّنَةٌ كانَ

القول قول العبد لأن الأصل أن لا رجوع.

فَرْعٌ

إذا قالَ أبطلتُ كتابة عبدي أو فسختها يجوز بمشهد العَبد وغيبتهِ ولو نوى إبطالها لا تبطل، وإذا رفعها إلى الحاكم لم يكن له إبطالها إلا بعد ثبوت فسادها ومَسألةِ السيد، فإذا سَأل له إبطالها عليه، ولو سأل المكاتب من الحاكم الإبطال لم يكن للحاكم إجابتهُ إليه لأنه حق مختصّ بالسيّدِ لا يملكه المكاتب وإنما يملك هو الامتناع من الأداءِ على ما ذكرنا [أ/٥٩].

والثاني: أن السيد إذا أبرأهُ لم يعتق.

والثالث: إذا مات السيد بَطلت هذه الكتابة على ما ذكرنا خلافاً لأبي حنيفة وأحمد.

والرَّابعُ: أن الكسبَ للمكاتب لأن الكتابة الفاسدة كالصحيحة في وقوع العتق فيها بالأداءِ، فحصل له المعقود عليهِ وهو العتق فتبعه ملكُ الكسبِ.

والخامسُ: أن العبدَ إذا أدى المشروط عتق لوجود الصفةِ وإن فضل في يديه كسبٌ كانَ له لأن الأصل الكسب له ولا فرق بين أن يكون فساد الكتابة بشرطٍ مجهولٍ أو بعوضٍ فاسدٍ من الخمر والخنزير والميتةِ والدمِ. وقال أبو حنيفةَ: إن كانت بالميتةِ أو الدم لا يحصل العتق بالأداءِ لأنهما ليسَا بمالٍ بخلاف الخمر والخنزير فإنهما مالاً لأهل الذمةِ. وهذا على أصلهِ أن البيع بالميتةِ والدم باطل وبالخمرِ والخنزير فاسد يحصل الملك فيه عند القبضِ.

والسادسُ: أنه يثبت التراجعُ فيها بين العبدِ وبين السيدِ فيستحق السيدُ على عبده قيمة رقبته وتجب القيمة من غالبِ نقد البلد ويستحق العبدُ على السيد ما دفعه إليه من الكسبِ، ثم إن كانَ أحد الحقين من غير جنس الآخر لم يتقاصّا بل يقبض كل واحدٍ منهما من صَاحبهِ ما له عليه لأن التقاصّ لا يثبت في الجنسين كالحوالةِ لا تكون في الجنسين وإن كان أحدهما من جنس الآخر، فإن كان غير الدراهم والدنانير لم يحصل فيه التقاصّ وإن كان من الدراهم أو الدنانير فهل يتقاصان فيه؟ أربعةُ أقوالٍ، وهكذا الحكم في دينين من جنسٍ واحدٍ هل يحصل بينهما التقاصّ فيه هذه الأقوال؟ أحدُها: يتقاصّان [٥٩/ب] من غير تراضٍ.

والثاني: لا يتقاصّان إلا بالتراضي.

والثالث: يتقاصان إذا رضي أحدهما.

والرابعُ: لا يحصلُ التقاصّ بذلك وإن تراضيا لأنه يكون بيع دين بدينٍ، ولأنه لما لم

يصح ذلكَ في غير النقود من العُروض كذلكَ في النقود، فإذا قلنا: يحصل التقاص لهما بالتراضي أو غير التراضي فإن تساوى الحقان سقطَ أحدهما بالآخر وإن تفاضلا سقط بقدر ما يتساويان فيهِ، ويرجع صاحب الفَضل بالفضلِ، وإن قلنا: لا يحصل التقاصّ فلا يحتاج إلى القبضِ من الجانبين معاً بل يكفي أن يقبض أحدهما، ثم يرد ما قبضه إلى صَاحبِهِ، فإن قيل: ما الفرقُ بين الحقين من جنس الأثمان وغير الأثمانِ في حكم التقاص؟ قلنا: قال أبو حامدٍ: الفرقُ أن ما عدا الأثمان يطلب فيه المعاينة لوجود الاختلافِ فيها وقلّ ما يتساويا والأثمان متساوية يُطلب فيها المعاينة.

ومن أحكامِ الكتابة الفاسدة أن تسقط بها نفقتُهُ عن السيّدِ وتكون الجنايةُ مضمونةٌ على السيدِ في كسبه.

والتقويم فيهِ يكون حين وقوع العتق بخلافِ التقويم في الكتابةِ الصحيحةِ إذا احتجنا إلى قسم العوض بين العبيدِ فإنا نقومهم حين العقد لأنه وقت الحيلولة بينهم وبين السيدِ، وههنا الحيلولة حصلت بالعتق، وقيل: لهذه الصفة ثمانية أحكامٍ وعدّ هذه الأحكامَ فيها.

فَرْعٌ آخَرُ

لو أخذ المكاتب في الكتابة الفاسدة من سَهم الزكاة وأدىٰ عتقٌ، وقال في «الأم»: استرجع من السيدِ ولم يعتق به لأن فسادها [٦٠/أ] يخرجُه من حكم الرقاب، قال صَاحب «الحاوي»: والذي أداهُ أنه لا يسترجع منه لأنه يجري على حكم فاسدها في ملك الاكتساب ووقوع العتق بهِ حكم الصحةِ فكذلك في سَهم الرقاب.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وَلَو لَمْ يمتِ السيدُ، ولكنْ حجرَ عليهِ أو غلبَ على عقلهِ فأداها منه قبلت ولم يعتقْ.

وقد ذكرنَا أن الكتابة الفاسدة تبطل بموتِ السيّدِ ولو لم يمت ولكنه جنّ أو حجر عليهِ بطلت الكتابة أيضاً لأنه عقد جائز في حقه والعقود الجائزة تبطل بالجنون والحجر كالوكالةِ وغيرها، ومعنى قولنا: عقدٌ جائز أن له أن يفسخَهُ.

ولأن قبضَهُ ليس بصحيح، فلا يحصل الوصف، ولو جن العبد لا تبطل هذه الكتابة لأن الجنون كالحجر فإن كل ما يبطل بالجنون يبطل بالحجر وما لا يبطل الجنون لا يبطل بالحجر والعبد محجور عليهِ أبداً، فلو بطلت الكتابةُ بالجنون لوجب أن لا تصح كتابة العبد أبداً، وهذا ضعيف لأن قوله صحيح قبل الجنون والعلةُ الصحيحةُ فيهِ أن العبدُ لا يملكُ إبطال الصفةِ وإنما له أن يعجز نفسهُ، فيفسخ السيّدُ إن اختار كما في الكتابةِ الصحيحةِ، وإذا

كان لا يملكُ الفسخ لا يفسخ بجنونهِ، وقيل: لا تبطل بالحجر فإذا أدى إلى وليه عتقَ.

مَسْألَةٌ: قالَ: ولو كانَ العبدُ مخبولاً عتقَ بأداءِ مال الكتابةِ، ولا يرجع أحدهما على الآخرِ بشيءٍ[(١)].

في هذا الفصل مسائل، إحداها: أن يكاتبه كتابة صحيحةً، وهو عاقل ثم جُن المكاتب فلم تبطل الكتابة، فإذا أدى المالَ إلى سيدهِ عتق لا لأن الأداءَ يصح منه ولكن لأن السيد لم يستحق المال، فإذا حصلَ في يده ما يستحقهُ كان له أخذه بحقهِ، فإذا أخذه برئت ذمة العبدِ من المالِ [٦٠/ب] وعتقَ، ولا تراجع لأن الكتابة الصحيحة لا تقتضي ثبوت التراجع.

والثانية: أن يكاتب عبداً عاقلاً كتابةً فاسدةً ثم جن العَبدُ فلم تبطل بجنونه أيضاً، فإذا أدى المال عتق بوجود الصفةِ ويثبت لهما التراجعُ لأن عقد الكتابةِ اقتضى لزوم الضمان للعبدِ وثبوت التراجع بينَهُ وبين السيدِ فلم يبطل ذلكَ بالجنونِ كما لو أدى المال في حال إفاقته.

والثالثةُ: إذا كاتب عبداً مجنوناً، فالكتابة فاسدة فإن أدى المال عتق بوجود الصفةِ وهل يثبت بينهما التراجعُ؟ نقل المزني أنه لا يثبتُ ونقل الربيع عن «الأم» أنهما يتراجعان. واختلفَ أصحابنا في المسألةِ على طرقٍ، أحدها: قال ابن سُريج: الصحيح ما نقله الرَّبيعُ لأنه يعتق بكتابةٍ فاسدة، فلا بد من التراجع، وما نقله المزني كانَ في الأصل ويرجعُ أحدهما على الآخر فزاد الناقل لا بالغلطِ، وقالَ أبو إسحق: الصحيحُ ما نقله المزنيُّ أنه لا تراجعَ لأن التراجع إنما يكون في عقدٍ فاسدٍ يقتضي الضمان والعقد مع المجنون ليسَ بعقدٍ، ولا هو من أهل الضمان فصارَ كما لو كاتبَ صَبياً فأدى المال وعتق لا يثبت التراجعُ وأمّا التأويل الذي ذكره ابن سريج، فلا يصحُّ لمعنيين، أحدهما: أنه لو أرادَ التراجع لقال، ولا يتراجعان ولا يحتاج إلى أن يقولُ ويرجعُ كل واحدٍ منهما، والثاني: أنّهُ قالَ بشيء ولا يصح أن يقولَ ويرجع كل واحدٍ منهما على صاحبه بشيءٍ، وقيل: قال أبو إسحق: ما نقل الربيع أرادَ إذا عقدَ معه وهو عاقل ثم جُنَّ ولفظه في «الأم»، ولو خبل المكاتب فأدّاها إلى سيده عتق ونصب الحاكم أميناً، [٦١/أ] ويتراجعانِ كما لو كانَ العقدُ صَحيحاً يرجعُ لأن كتابة المخبول كتابةٌ فاسدةٌ، ولم يرد بِهِ أنه يثبت له أحكام الفاسد معَ العاقل في التراجع إذا كاتبه وهو مجنونٌ، والذي نقل المزني أرادَ أنّهُ إذا كاتبه وهو مجنون. والفرقُ ما ذكرنا، وهذه الطريقة أصح، وقال القاضي أبو حامدٍ من أصحابنا من قال: فيه قولان. قال القفّال:

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/ ١٧٣).

والفرق بينه وبين الصبي أن المجنون عارض فهو كعارِض شرطٍ فاسدٍ بخلافِ الصبيّ، ومن أصحابنا من سوّى بين الصبي والمجنون في التراجعِ.

فَرْعٌ

لو دفع المال إلى سيده في حال جنون السيّدِ في الكتابة الصحيحة لا يعتق بهِ لأنه لا حكم لقبضهِ، ثم إذا دفعَ مرّةً أخرى إلى الولي عتق ثم إن وجد عين مالهِ في يد السيّدِ استرد، وإن كان قد أتلفَ لا يرجع عليه بضمانهِ أبداً، ذكره القفّالُ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو كاتبَهُ كتابةً صحيحة، فماتَ السيدُ ولهُ وارثانِ.

الفَصْلُ

قال أصحابنا: قال الشافعي: ولو كاتبه كتابةً صحيحةً إذ لو عرفنا ذلكَ ما قبلنا قول من يقول لم يكاتب، وإنما قالَ لو ماتَ رجل وخلّف ابنين وعبداً فادعى العبد أن أباهما كاتبه فصدقه أحد الابنين.

واعلم أن الشافعي ذكرِ في «الأم» مسألتين، نقل المزني الثانية، وترك الأولى لسهولتها فالأولى ما ذكرنا من الصورة، ولكن الاثنان كلاهما، فالقول قولهما لأن الأصل عدم الكتابة ويكون يمينهما على نفي العلم لأنه يمين على فعل الغير فإن حلفا برءا وإن نكلا عن اليمين ردت اليمين على العبدِ، فإذا حلفَ يحكمُ بصحةِ الكتابةِ [٦١/ب].

والثانية: أن يصدقه أحدهما وينكر الآخر فإقرار المقر مقبولٌ ويصير نصيبهُ مكاتباً لأنه أقرّ بما يضره فقبل إقراره فيه ثم ينظر فإن كانَ عدلاً وشهدَ مع شاهد آخر عدلٍ حكم بشهادتهما وثبتت الكتابةُ، وإن لم يكن عدلاً ولم يشهد شاهدٌ آخرٌ لا يجوز أن يحلفَ العبد معَهُ لأنه لا يدخل فيها الشاهدُ واليمين لأن المقصود العتق دون المال ويكون القول قول الابن المنكر، فيحلف أنه لم يعلم ذلكَ فإن حلفَ بريء وإن نكل عن اليمين ردت اليمين، فإن حلفَ العبدُ ثبتت الكتابة، فإن نكل بطلت الكتابةُ في حقهِ وثبتت في حق المقرّ.

فإن قيل: جعلتم نصفه مكاتباً بغير إذن شريكه وذلكَ خلافُ قول الشافعي رضي الله عنه، قلنا: ههنا لم تقع الكتابة في الأصلُ مُحضةً بل أقرّ أن أباه كاتبه جملةً، ولكن بطلت في نصفهِ لإنكار الابن الآخر، فلم يوجب ذلكَ بطلانها في الباقي، فهو بخلاف ما لو كاتب نصفَهُ ابتداءً قصداً إلى الإضرار بشريكه.

وأيضاً فإن ههنا ضرورة فهوَ كما لو أوصى أن يكاتب عبده عنه فلم يخرج من الثلث

كاتبنا بعضَهُ للضرورة.

فإذا تقرر هذا نظر فيه فإن اتفقا على المهايأةِ خدمَهُ يوماً، واكتسبَ لنفسه يوماً، وإن لم يتفقا على المهايأة لا يجبرَ عندنا عليها خلافاً لأبي حنيفة.

ثم ينظر فإن عجز نفسَهُ استرقه السيّدُ وما في يده من الكسب يكون له لأن السيد الآخر كان يأخذ كسبهُ في كل يومٍ فهذا الباقي حقٌّ لهذا الشريك.

وفرّعَ الشافعي على هذا، فقال: إذا وجدَ في يد المكاتب كسبٌ فاختلفَ السيّدانِ فيه، [٦٢/أ] فقال المكذبُ: كان اكتسبَهُ قبل عقد الكتابةِ فهيئو بيننا، وقال الآخر: بل اكتسبَهُ بعد عقد الكتابةِ، فهو لي، فالقول قولُ المصدق لأنهما يختلفان في حدوث الكسبِ قبل الكتابة والأصلُ أن لا حدوث حتى يعلم ذلكَ وإن أدى المكاتب ذلكَ عتق بالأداءِ وما فضلَ من الكسبِ، فهو له ولا يقوم باقيه على الابن المصدق ولا على الميّت. أمّا الابن فلأن التقويم إنما يكون على من باشر العتق أو تسبب إليهِ وهذا أخبر أن أباه كاتبه وأنه تسبب إلى عتقه، وأمّا الميّتُ فقد زال ملكه بالموت فهو بمنزلة المُعسر وهذا كما نقول إذا ترك ابنين وعبداً فادعى العبد أن أباهما عتقه فأقر أحد الابنين وأنكر الآخرُ عتق نصيبُ أحدهما، وكان ولاءُهُ لأبيه، ولا يقوم عليهِ.

ولو بادر المصدق فأعتقَ نصيبَهُ أو أبرأهُ ثمن نجومهِ فعتقَ فهل يقوم عليهِ نصيب أخيه فيه وجهان، أحدهما: لا يقوم لأنه يعتقُ على أبيه دونه ولهذا نقولُ الولاءُ يثبت لهُ، والثاني: يقومُ عليهِ لأنه يضرّ بشريكه بتقديمه العتق، والأول أصح فإذا عتق هذا النصف بالأداءِ وثبت عليهِ الولاءُ ولمن يكون هذا الولاء فيه وجهان، أحدهما: يثبتُ للميت وينتقل إلى ابنيه لأنه عتق بسببٍ كان منهُ وَهو عقد الكتابة. والثاني: يثبتُ للابن المصدق لأن المنكر أسقط حق نفسه من العتق والولاءِ، فإذا قلنا: الولاءُ بينهما فمات دفع إلى الإبن المصدق نصف المالِ ويوقفُ نصيبُ المكذب إلى أن يقرّ بهِ، [٦٢/ب] فيدفعُ إليهِ، ولو شهدَ مع المصدق شاهدٌ آخرٌ وهما عدلان وحكمنا بكتابة جميعه خلينا كسبهُ فيؤدى إلى الابن المقرّ نصف مال الكتابةِ وفي النصف الآخر وجهان، أحدهما: يدفعُ إلى الابن المنكر، والثاني: يكون بمنزلة ما لو أقرّ لإنسانٍ وهوَ يجحدُ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو ورثَا مكاتباً، فأعتقَ أحدهُمَا نصيبَهُ فهو بريء من نصيبه من الكتابة.

الفَصْلُ

جُملةُ هذا إذا كاتب عبداً ثم مات السيدُ وتركَ ابنين لا تنفسخ الكتابةُ بموتهِ لأنها لازمةٌ

من جهة السيدِ ويقومُ ابناهُ مقامُه كما يقومان في سائر حقوقهِ فإذا أدى المكاتب المال إليهما عتق، وكذلك إذا أعتقاهُ أو أبرءاه معاً يعتق ويثبت الولاء عليه للسيد ينتقل إلى عصبته وهما ابناه وإن عجز نفسَهُ استرقاهُ وما أخذاهُ من الكسبُ وما يجدانه في يده يكون لهما، فإن أدى فهل يعتق فعلى ما سنبين إن شاء الله تعالى، وإن أعتقه أحدُهما عتق نصيبَهُ بلا خلافٍ وكذلكَ لو أبرأهُ أحدهما عن نفسه من المال عتق نصيبهُ عندنا. وقال أبو حنيفة لا يعتق حتى يبرئة الآخرُ، أو يستوفي نصيبَهُ، واحتج بما لو أبرأه السيدُ عن نصفِ النجوم لا يعتق منه شيء، وهذا لا يصح لأنه أبرأه من جميع ما استحقه عليهِ من مال الكتابةِ فوجب أن يلحقه العتق كما لو أبرأه سيده من كلِّ النجوم وبهذا فارق ما احتجوا بهِ. وأيضاً فإعتاقه إياهُ إبراءٌ عن المال الذي له في ذمته، فإنه لا يستحق عليه غير ذلك والحرية تقع من جهة الأب، ولو أعتقَ نصيبَهُ عتق فكذلكَ إذا أبرأه عن قدرِ نصيبهِ [٦٣/أ].

فإذا تقرر هذا وعتق نصيبَهُ فهل يقوّم عليهِ نصيب شريكهِ؟ فيه قولان، أحدهما: لا يقوّم نقله المزنيُّ في «جامعه الكبير» واختارَهُ، ونقله إلى «المختصر» في آخرِ الباب الذي بعد هذا الباب ونصره بأن قال: العتق عن أبيه بدليل أن الولاءَ له. قال أبو إسحق لا يختلفُ قولُ الشافعي في الولاءِ لأنه لأبيهما فوجبَ أن لا يقوّم عليهِ، والقول الثاني يقوم عليهِ إن كانَ موسراً، قال أبو حامدٍ: وهذا أصحُّ لأنه كان يمكنهُ أن لا يبرىء ولا يعتق حتى يعتق الجميع أو يعجز الجميع، فلما عجل العتق قبل الأداءِ إلى شريكهِ كانَ ذلك منه جنايةً أدت إلى تبعيض حريته فوجبَ التقويم عليهِ. وأمّا فصل الولاءِ فلا يدل على عَدم التقويم لأنه قد يقع العتق والولاءُ لشخص ويكون التقويم على غيره لأن أحد الشريكين لو قال لصَاحبهِ أعتق نصيبكَ عني على ألفٍ، فأعتقه فإنه يسري إلى نصيب شريكه ويكون العتق عن السائل والولاء له والتقويم على المباشرِ للعتق، وكذلك لو قال أجنبي لأحدهما: اعتق نصيبكَ عني على ألف، فأعتقَهُ فإنهُ يكون ولاءُهُ للأجنبيّ، ويقوم على الشريكِ المعتق لأنه أعتقَهُ.

وقال بعضُ أصحابنا: في الولاءِ وجهان ذكره القفّالُ وغيرهُ. وقال ابن أبي أحمد في «المفتاح» فيه قولان، أحدهما: ما ذكرنا، والثاني: أنه لمن أعتق على حكم الكتابة وما ذكره أبو إسحق أصح، فإذا قلنا: يقوّمُ. قال في «المختصر»: يقوم عليه إن عجزَ إذا كان موسراً، أو هذا يقتضي أن لا يقوّم في الحالِ. وهذا اختيار أبي إسحق لأن عقد الكتابة تقدم [٦٣/ب] على السراية وفي التقويم فسخ العقدِ وإسقاط حق الأب من الولاءِ فلم يقوم ما دام العبدُ مقيماً على عقده، فإذا عجز نفسَهُ ورجعَ إلى ملك صَاحبه سَرت الحريّةُ حينئذٍ ويقوم على المعتق، ومن أصحابنا من قالَ: فيه قولٌ آخرٌ يقوم في الحال عليهِ ولا ينتظر عجزه لأنه إذا اجتمع للعبدِ الحريّة من جهتين بُدىء بأعجلهما، والأوّل أشبَهُ بالمذهبِ وهذان القولان

مبنيان على أصلٍ، وهو أن العبد بين شريكين إذا كاتباهُ، ثم أعتق أحدهما نصيبَهُ، أو أبرأهُ يقومُ عليهِ نصيب شريكه قولاً واحداً لأن الذي أعتق هو المعتق لا محالة إمّا بعقد كتابته، أو بإعتاقه بخلافِ أحد الوارثين في أحدِ القولين، ولكن متى يقوّم؟ فيه قولان، أحدهما: يقوّم في الحالِ، والثاني: ينتظر تقويمهِ إلى حالِ الأداءِ فإن استغنى عن التقويم بأن أدى وإلاّ قوّمَ حينئذٍ، ومن أصحابنا من قال: يقوم ههنا عاجلاً قولاً واحداً، ومن أصحابنا من قال: يقوم ههنا بعد العجز قولاً واحداً بخلاف مسألة الشريكين لأن أحد الوارثين ليس بمعتق فلا يبطل عَقدُ الكتابةِ وأحد الشريكين معتق فحَصل ثلاثة طرقٍ. والصحيحُ الطريقةُ الأولى، وَالطريقةُ الثالثة أقربُ من الطريقة الثانية، وكلاهمَا لا يصحُّ، فإذا قلنا: لا يقوّمُ عليهِ أصلاً ينطر فإن أدى ما عليهِ من مال الكتابة عتق والولاء بينهما، وكذلك إن أعتقه الآخر أو أبرأهُ أيضاً، وإن عجز نفسَهُ استرقّهُ وأعادهُ إلى ملكه فيكون نصفه مملوكاً لهذا الابن الآخر والنصفُ الآخر قد عتق بإعتاق الابن الآخر فلمن يكون الولاءُ وجهان على ما ذكرنا، [٦٤/أ] وإذا قلنا: يقوم عليهِ في الحالِ قوّم وتنفسخ الكتابةُ بالتقويم، ويعود هذا النصف مملوكاً له لأنه عتق في ملكه ومتى يحكم بنفوذ العتق فيه ثلاثةُ أقوالٍ على ما ذكرنا في أحد الشريكين إذا أعتق متى يسري إلى نصيب الشريكِ وولاءُ هذا النصف له وولاءُ النصف الأول على ما ذكرنا من الخلافِ، فمن قال: الولاء للمعتق احتج بظاهرِ لفظ الشافعي وعتق إن كان موسراً، وولاؤه له ومن قال: إنه للميت، قال: أرادَ به ولاءَ ذلك النصف الذي قوم عليه. وفي مسألة الشريكين في المكاتب إذا أعتقهُ أحدهما وقوّمنا عليهِ الولاء كله للمقوّم عليهِ بلا إشكالٍ، وهكذا إذا قلنا: يقوم بعد العجز في مسألتنا ولاءُ النصف الذي قومنا عليهِ له بلا إشكالٍ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: والمكاتبُ عبدٌ ما بقيَ عليهِ درهم.

اعلم أنه إذا كاتب عبداً لا يعتق بأداءِ بعض مال الكتابةِ حتى يؤدي جميعه، قالَ في «الأم»، وهو عبدٌ في شهادته وميراثه وحدودهِ والجنايةِ عليهِ وجنايته بأن لا يعقلها عاقلة مولاهُ ولا قرابة العبد وبه قالَ عمرُ وابن عمرَ وزيدٌ وعائشةُ وأم سلمة رضي الله عنهم وسعيدُ بن المسيب وسُليمان بن يسار والحسنُ البصريُّ والزهري ومالكٌ والثوريُّ وأبو حنيفة. وقال ابن مسعود رضي الله عنه: إذا أدى قدر قيمته عتق ويؤدي الباقي في حال الحريّةِ، فالخلافُ بيننا وبينَهُ إذا كوتب على أكثر من قيمته، وعن علي رضي الله عنهُ روايتان، أحدهما: أنه إذا أدى نصف مال الكتابة عتقَ، ويؤدي الباقي في حال الحرية وبه قال عروةُ [٦٤/ب] بن الزبير، والثانية: أنه كلما أدى جزءاً عتق بأدائه جزء منه وهو قول داود، وروي عن شريح أنه قالَ: إذا أدى ثلث كتابته عتق، وكانَ غريماً بما فَضلَ عنها. وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: إذا كتبت صحيفة المكاتب عتق بها، وكان

غريماً بما عليه، وقد روى عكرمة عن علي وابن عباس رضي الله عنهم أن النبي ﷺ قال: «يؤدي المكاتب بقدر ما أدى دية حرٍّ ما بقي دية عبد»[١]. وروي عن عكرمة عن ابن عباسٍ أن النبي ﷺ، قالَ: «إذا أصابَ المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحسابِ ما عتق منه»[٢]، وأقيم الحد بحساب ما عتق منه، ودليلنا ما ذكرنا من الخبر الصحيح المكاتب عبدٌ ما بقي عليه درهم وما ذكروه، قال أصحابنا: الحديث لا يصحُّ مرفوعاً، وإنما روي مرسلاً أو موقوفاً على عليّ رضي الله عنه ولأنه جعل ديّتهُ بقدر ما عتق منه، ولم يقل إنه يعتق بقدر ما أدى ولا حجة لهم فيه أو نحمله على أحد الروايتين إذ أعتقه بعد موت السيد. وقد روى يحيى بن أبي كثيرٍ عن عكرمةَ عن ابن عباسٍ رضي الله عنهما أنه قال: لا يقام على المكاتب إلا حدُّ العبد، وأيضاً فهذا لا يخلو، أمّا أن يجري مجري المعاوضات فلا يجب على البائع تسليم شيء من المثمن إلا بعد تسليم تمام الثمن أو يجري مجرى العتق المعلق بالصفات فلا يعتق حتى توجد جميع الصفة، فإن قيل: أليس قلتم لو أن أحد الابنين أبرأهُ عن نصيبه عتق نصيبهُ. وكان يجب أن يعتق على مولاه بقدر ما نقصَ [٦٥/أ] ثُلثا الابن أبرأهُ عن جميع حقهِ فعتق عليهِ والسيدُ لم يسقط جميع حقهِ فوازان الابن أن يستوفي السيدُ جميع حقهِ فيعتق عليه.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وإنْ ماتَ ولهُ مالٌ حاضرٌ وولدٌ ماتَ عبداً[٣].

الفَصْلُ

هذه المسألة مبنيّةٌ على أن عقد الكتابة جائزٌ أم لازمٌ فعندنا أنه لازمٌ من جهةِ السيّدِ لا يفسخه ما لم يعجز المكاتب من الأداءِ وغير لازم من جهةِ العبدِ فله أن يعجز نفسَهُ متى شاء. وقال مالكٌ وأبو حنيفة هو لازم من جهة العبدِ أيضاً، فإذا كان لهُ مالٌ يفي بما عليهِ أجبرَ على أدائهِ وليس له الامتناعُ وإن لم يكن له مالٌ قد ذكرنا أن عند أبي حنيفة لا يجبر على الاكتسابِ خلافاً لمالكٍ وهذا لا يصحُّ لأن مالا يجبرُ العبدُ على فعلهِ إذا لم يحصل شرطاً لعتقه لم يجبر عليهِ، وإن جعل شرطاً لعتقه، كدخول الدار إذا قال: إن دخلتَ الدارَ فأنتَ حرٌ، فإذا تقرر هذا الكلام الآن في الموتِ هل تفسخ به الكتابة؟ ولا خلاف أنه لا يفسخ بموت السيد على ما ذكرنا، فإذا مات المكاتب فعندنا تنفسخ بهِ الكتابة ويكون ما في يده لسيدهِ، ومات رقيقاً وبه قال أحمد في زوايةٍ، وروى هذا عن عمر وزيدٍ رضي الله عنهما

(١) أخرجه الترمذي في البيوع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي (١٢٥٩).
(٢) وهو جزء من الحديث السابق.
(٣) انظر الحاوي الكبير (١٨/ ١٨١).

وعمر بن عبد العزيز والزهري وقتادة ولفظ ابن عمرَ: إذا مات المكاتب وقد أدى طائفةً من كتابته وتركَ مالاً كل ما تَركَ لسيده ليس لورثته من ماله شيء[(١)]، وروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالا: إذا تركَ المكاتبُ وفاءً بما بقي عليهِ من الكتابةِ عتق، وإن تركَ [٦٥/ب] زيادةً كانت لولده الأحرار[(٢)] وبه قال عطاءٌ وطاووس والنخعيُّ والحسنُ وأبو حنيفة ومالكٌ والثوريُّ. وقد قالَ أبو حنيفة: إن لم يخلف وفاءً انفسخت الكتابة، ومات عبداً أو إن لم يخلف وفاءً لم تنفسخ ويؤدي عنه ويحكم بأنه عتق في آخرِ جزءٍ من أجزاءِ حياته، ويكون ماله لورثته المناسبين فإن لم يكن كان لمولاهُ. وقال مالكٌ: إن لم يخلف ولداً أو خلفَ ولداً حراً أو مملوكاً ولد قبل عقد الكتابة لا تنفسخ بل يكلف الولد أن يؤدي المال الذي على أبيه، فيعتق ويتبعه الولدُ في الحرية، وإن لم يكن أجبر هذا الولد على الاكتساب والأداءِ، وقد ذكرنا عن مالكٍ خلافَ هذا على ما ذكره القفالُ، وهذا الذي ذكرناه أصحُّ من مذهبِهِ، ودليلنا ما روى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده، أنه قالَ: سمعت رسولَ الله ﷺ يخطبُ يقولُ: «من كاتب عبد على مائةِ أوقيةٍ فبقي عليهِ عشر أواق أو عشرة دراهم فمات فهو رقيق»[(٣)]، ولأنه مات قبل أداءِ مال الكتابةِ فوجبَ أن تنفسخ الكتابةُ كما لم يخلف وفاءً، وأيضاً فالعقد عقد العتق لأنه يقصد بهِ العتق حقيقة، ومحل العتق قد فات فيستحيل بقاءُ عقد العقد مع فوت المحلِ.

فَرْعٌ

قالَ في «الأم»: لو قالَ سيده بعد موتِهِ قد وضعتُ الكتابة عنه أو وهبتها لهُ أو أعتقتهُ لم يكن حراً، وكان المال ماله بحالِهِ لأنه إنما وهبَ لميّتٍ مالَ نفسهِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: وإذا مات المكاتب فعلى سَيده كفنهُ ومؤنة قبره لأنه عبد، وكذلك لو كان أحضر المال ليدفعه [٦٦/أ] إلى سيده، فلم يقبضه سيدهُ حتى ماتَ، ماتَ عبداً.

فَرْعٌ آخرُ

لو قتلَهُ سيدهُ قبل أن يقبضه كانَ ظالماً وماتَ عبداً، وللسيد مالهُ ويعزر سيده في قَتلهِ.

---

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى عن عمر بن الخطاب (١٠/ ٣٣٢).
(٢) ذكره ابن حزم في المحلى (٩/ ٢٣٨).
(٣) تقدم تخريجه.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: ولو وكل المكاتب من يدفع إلى سيده آخر نجومهِ ومات المكاتب، فقال: ولد المكاتب الحر قد دفعها إليكَ الوكيلُ وأبي حيٌّ، وقال السيدُ: مادفعها إلا بعد موت أبيكَ، فالقولُ قول السيد لأنه ماله.

فَرْعٌ آخرُ

لو أقاموا بينةً على أنهُ دفعها إليهِ يوم الاثنين وماتَ أبوهم يوم الاثنين كان القولُ قولُ السيدِ حتى تقطع البينة على أنه دفعها إليهِ قبل موت المكاتب، أو توقّت؟، فتقول دفعها إليهِ قبل طلوع الشمس يوم الاثنين ويقرّ السيدُ بأن العبد مات يومَ الاثنين بعد طلوع الشمس من يوم الاثنين أو تقوم بينةٌ بذلكَ، فيكون قد عتق.

فَرْعٌ آخرُ

لو شهد وكيل المكاتب بأنّهُ دفع لكَ إلى سيده قبل موت المكاتب لم تقبل شهادته وكذلكَ لو وكل السيدُ رجلاً يقبض من المكاتب آخر نجومهِ، فشهد وكيل سَيّد المكاتب عليهِ وحلفَ ورثة المكاتب مع شهادتهِ وكان أبوهم حرٌ وورثهُ وَرثتهُ الأحرار، ومن يعتق بعتقه هكذا نصَّ عليهِ، ومعناه أن وكيل السيد شهد أنه قبضه من المكاتب، فتقبل شهادته لأنه يشهد على موكلهِ فكان متّهم فيه، ويخالف وكيل المكاتب إذا شهد أن المكاتب دفعه إلى سيده لأنه يشهد لموكله فكان متّهماً فيه، وإنّما حلفَ الوارثِ مع الشاهد الواحدِ على قبضهِ لأن ذلكَ شهادةً على قبض مالٍ.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «الأم» [٦٦/ب]: وكل ما اكتسبَهُ المكاتب بعد الكتابةُ أو ملكه بوَجهٍ من الوجوه فذلكَ لهُ وكل ما كانَ في يده قبل عقد الكتابةِ فهو لسيده، ولو اختلفَ العبدُ والسيد في مالٍ في يد العبدِ بَعد الكتابةِ، فقال العبد: أفدتُه بَعد الكتابةِ، وقالَ السيدُ: قبلها، فالقولُ قولُ العبدِ مع يمينه وعلى السيد البينة، فإن أقام شاهدين أو شاهداً وامرأتين أو شاهداً، وحلف معَهُ أنه كانَ في يده قبل عقد الكتابةِ، فهو لسيده وكذلكَ ما أقرّ العبدُ أنه كانَ في يده قبل الكتابةِ، ولو شهد الشهود على شيء كانَ في يد العبد، ولم يجد واحداً يد له على أن ذلكَ كانَ في يده قبل الكتابةِ كان القول قول العبدِ حتى يجدوا وقتاً يعلم بهِ أن المالَ كانَ في يدِ العبدِ قبل الكتابةِ، وكذلكَ لو كانَ في يده يومَ الاثنين لقرّه شَهرٍ كذا وَالكتابة كانت في ذلكَ اليومَ. كانَ القولُ قول العبد حتى تحدّ البينة حداً يعلم أن المال كانَ في يده قبل الكتابةِ.

ولو شهدوا أنه إن كان في يده في رجب فشهدوا على الكتابة في شعبانَ من سنةٍ واحدةٍ، فقالَ العبد: كاتبني بلا بيّنةٍ قبل رجب أو في رجب قبلِ الوقت الذي شهدت عليه البيّنةُ فيه كان القولُ قولُ السيّدِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ السيد في كتابته كما أدى منها نجماً عتق بقدره كانت كتابة فاسدةٌ ويعتق بقسطه لوجود الصفةِ ويسري العتق إلى باقيه وبماذا يرجع السيدُ على مكاتبه وجهان، أحدهما: بجميع القيمة لأن الكتابة أفضت إلى عتق جميعهِ ورجع بما أداه إليه، والثاني: يرجع عليه [٦٧/أ] بقيمةِ البعض الذي عتق منهُ بالصفةِ ولا يرجع عليهِ بقيمةِ ما عتق بالسراية لاختصاص العتق في الكتابةِ بالصفاتِ دون السرايةِ.

فَرْعٌ آخرُ

إذا ماتَ وبقي عليهِ شيء يسير من آخر النجوم بقدر ما يجب عليهِ إيتاؤهُ إليهِ لم يعتق فإن قيل: أليسَ هذا القدر واجباً عليهِ أن يؤتيه، فينبغي أن يعتق ويتقاصّا، قيل: الإيتاء غير معلومٍ، فلا يسقط عليهِ شيء معلومٌ ولا يقع به المقاصّة لأن على السيّدِ أن يفعله وما عليه أن يفعله لا يقع بنفسه كما لو أوصى بأن يعتق عنه عَبد لم يعتق إلاّ بإعتاق الورثةِ.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قالَ لعبدهِ: إن كنتَ ملكي فقد كاتبتكَ على كذا فإن كانَ بشك في ملكه لم يجز وإن علمه ملكاً، فهذا القولُ تأكيدٌ لم يضره.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قالَ: إن ملكتُ عبداً فللّهِ عليَّ أن أكاتبه وكانَ بالغاً عاقلاً فملكهُ يلزمهُ عرض الكتابةِ عليهِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ لعبده: إن كنتَ مأموناً قادراً على الكسبِ فقد كاتبتكَ بَطلت الكتابة للمتعلقِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ: كاتبوا أحد عَبيدي وَلم يكن لَهُ إلا واحدٌ كوتب.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو جاءَ بنجمٍ، فقالَ السيّدُ: هُوَ حرامٌ.

الفَصْلُ

ينظر في هذا فإن كانَ مع السيدِ بينةٌ بذلك لم يجبر على أخذهِ، بل يقال للمكاتب: إن جئتُ بمالٍ آخر وإلا عجزت لأنه إنما كاتبه على شيء يسلم له أو يمكنه التصرف فيه ولا يحكم بهذه البينة لمن أقامَ له البينة أنه مغصوبٌ منه لأن ذلك لا يدعيهِ، وإن لم يكن معَهُ بينةٌ يحلف المكاتبُ، فإن لم يحلف رُدت اليمين على السيدِ فيحلفُ [٦٧/ب] ويحكم بأنه مغصوبٌ أو حرامٌ، ولا يجبرُ على أخذه، وإذا حَلفَ المكاتبُ يقالُ لسيده: هذا مال محكوم له به فإمّا أن تقبضه منهُ أو تبرئه، فإن أبرأه سقط اليمين عنه وعتق، وإن لم يفعل قبضَهُ الحاكم وعتق المكاتب، ولو أخذه هو عتق المكاتب ثم ينظرُ فإن قالَ السيدُ: هو حرامٌ، ولم يعين صَاحبه يقالُ لهُ: أمسكه في يدك إلى أن يَتبيّن صَاحبه ويمنع من التصرف فيهِ، وإن قال: هو مغصوب من فلانٍ يلزمهُ تسليمه إليهِ، قال: القفال وشهادة السيد أنه مغصوبٌ لفلانٍ لا يقبل بعدما عرض عليه وأن تقبل شهادته ابتداءً على مكاتبة بأنه غصبَ من فلانٍ كذا، فإن قيل: أليسَ قالَ الشافعيُّ في كتاب «التفليس» لو أختلفَ البائع والمفلس، فقال البائع اخترت عين مالي قبل الإبار والثمرة لي، فقالَ المفلسُ: بل بعد الإبار فالثمرة للغرماءِ فَصدقَ بعض الغرماء البائع في دعواهُ كانَ القول قول المفلس ويأخذ الثمرة من لم يصدق البائع دون من صدقَ، فما الفرقُ بين الموضعين؟، قلنا: قال أبو إسحق: إنما أرادَ الشافعيُّ إذا اختار المفلسُ ذلكَ لأن له أن يعين قضاءَ الدين من أي المالِ شاءَ، فأمّا إذا أراد أن يعطي من كذبه أجبرَ عليه، وقيل: فيهما قولان، والصحيح الفرقُ وهو أن ههنا إذا لم يجبر السيد على أخذه كان له مطالبته بمالٍ آخرَ ثم يمكنه أن يقول في كل مَالٍ نحمله إليهِ مثل ذلك حتى يؤدي إلى عجزه ورقه، فأجبرناه عليهِ وليسَ [٦٨/أ] كذلكَ الغرماء، فإنهم إذا لم يجبرُوا على أخذ ما صدقوا البائع عليهِ لم يكن لهم مطالبة أخرى بمالٍ آخر فلا يؤدي إلى الإضرار بأحد فافترقا.

فَرْعٌ

قالَ في «الأم»: ولايجبَرُ السيد إلا على أحدِ ما كاتبه عليهِ فإن كاتبهُ على دنانير لم يجبر على أخذ الدراهم وكذلكَ إن كاتبه على دراهم لم يجبر على أخذِ الدنانير بدلها وإن كاتب على سلعةٍ لم يجبر على أخذ قيمتها.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: وإن جاءه بأجود من ذهبهِ أو ورقِهِ أو سلعتهِ كان عليهِ أخذه، بعد أن يجمع ذلكَ صفةً واحدةً ويؤيده جودةً ولو أعطاهُ مكانَ عجوةٍ من التمر صبحاً نيئاً لم يكن عليهِ أخذه وإن كانَ خيراً من العجوةِ، فإن كاتبه على دنانير حدد جياد من ضَرب سنةِ كذا فأدى إليهِ من ضرب غير تلك السنة كان عليه أخذه وإن كان الذي كاتبه عليها ينفق في بلد ولا ينفق بالذي أعطاه بذلكَ البلدِ لم يجبر على أخذهِ وإن كان خيراً.

فَرْعٌ آخرُ

لو كانَ السيدُ غائباً فجاءَ بالنجم إلى الحاكم يوم المحل يقبله منه ليعتق، ولا يقبل قبل المحلِ إلا أن يعرف أنه لا ضرَر من السيد في أخذه نص عليه، ولو كان على حُرٌّ دين لرجلٍ غائب، فأتى به الحاكم، فهل يقبله على الغائب؟ فيه وجهان، أحدهما: يقبله، والثاني: لا يقبله لأنه ليس للمؤدي فيه غرضٌ إلا سقوط الدين عنه، والنظر للغائب ترك المال في ذمةِ الملي وربما يتلف في يد الحَاكم أمانةٌ بلا ضمان، ويفارق مال الكتابةِ لأنه يتعلق به العتق بخلافِ ذلكَ.

مَسْألَةٌ: قالَ: وليسَ لهُ أنْ يتزوجَ [٦٨/ب] إلا بإذنِ سيدِهِ(١).

اعلم أنه إذا تزوج المكاتب فإن كان من غير إذن سيده لا يجوز، فإن تزوج كان باطلاً كالعبدِ، وقد روى أن النبي ﷺ قالَ: «أيّما عبد نكح بغير إذن سيده فنكاحه باطلٌ»(٢) والمكاتبُ عبدٌ.

ولأن في يده إتلاف ما في يده بالمهرِ والنفقةِ، ولا يجوز للمكاتب وإن أذن له السيدُ جاز قولاً واحداً لا يختلفُ أصحابنا فيه لأن المكاتب أحسن حالاً من العبد ولو أنّه أذن للعبدِ في النكاح جاز، فالمكاتب أولى ولأن المكاتب حاجةً إلى النكاح ليحصن فرجَهُ ويحصل له الاستمتاع الذي جبل عليهِ الآدمي فلو منعناهُ بإذنه أضررنا به وبهذا يخالف العتق والهبة لا يجوزان من المكاتب مع الأذن في أحد القولين لأنه لا حاجة بالمكاتب إليهما، وأيضاً، فالهبةُ والعتق استهلاكُ مالٍ عاجلٍ والنكاح قد يفضي إلى الاستهلاك وقد لا يفضي، ومن أصحابنا من قال في نكاحِهِ بإذن السيد قولان كما في تبرعاته لأنه إخراج مالٍ لا بإزاء مالٍ ذكره القفالُ، وهذا غير صحيح لما ذكرنا من الفرق، وقال ابن أبي ليلى أن شرط السيدُ

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/ ١٨٤).

(٢) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد (١٩/ ١٠٧).

على مكاتبه أن لا يتزوج إلا بأمره وجب أن يستأمره وإن لم يشترط جاز أن يتزوج بغير أمره وهذا غلط لما ذكرنا.

فَرْعٌ

قال في «الأم»: وإن تزوج بإذن سيده لزمته نفقةُ زوجته وإن كانَ له ولد صغير أو كبير زمن محتاجٌ لم تلزمه نفقته وأولادهُ من المنكوحةِ حكمهم حكم أمهم، فإن كانت أمهم حرةً فهم أحرارٌ، [٦٩/أ] وإن كانت مملوكةً فهم مماليكُ لسيد أمهم وإن كانت مكاتبة لغير سيده، فليسَ للأب سبيل عليهم وكانوا موقوفين على حكم أمهم، أو أرقاء لسيدها على أحد القولين، وإن كانت مكاتبة لسيده كانت معه في الكتابة، أو لم يكن فسواء فالأولاد موقوفون على حكم أمهم أو أرقاءَ على ما ذَكرنا.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولا يشتري بحالٍ.

للمكاتب أن يشتري الإماءَ للفائدة والربح، ولكن لا يجوز أن يطأ أمةً بغير إذن سيده لأنه ربما يحبلها فتموت في الأداء فيكون فيهِ تغرير بالمال، وإن أذن له السيد في الوطىء، فإن قلنا: العبد إذا مُلِكَ يملك فملكه، وأذن له في الوطىء يحل له الوطىء وإن قلنا: لا يملك لا يحل لَهُ الوطىء وهو الصحيح، وقال ابن أبي هريرة يحتمل أن يجوز له ذلكَ قولاً واحداً لأن إذن السيد للمكاتب لا يكمل ملكه. وقال القفال: هل يحل الوطىء بالإذن؟ قولان كما في الهبةِ بإذن السيدِ، وإن قلنا: إنَّهُ يملك بالتمليكِ، وهذا لا يصحُ على ما ذكرنا في النكاح، وإذا قلنا: لا يحل الوطىء على قولهِ الجديد فخالفَ ووطىء لم يجب الحد للشبهةِ فإن ولدت منه، قال الشافعي: فإن كانَ لستةِ أشهرٍ بعدَ العتق صارت أم ولد له قولاً واحداً، قال أبو إسحاق بجواز أن تكون علقت منه بعد العتق، وإن ولدت لأقلّ من ستة أشهرٍ من حين العتق، قال الشافعي: لا تصير أمَ ولدٍ له لأنها علقت به في ملك ناقصٍ هذا هو المشهور من قول الشافعي. وقال أبو إسحاق: على القول الذي نقول إذا وطئها بشبهةٍ فأجلها [٦٩/ب] ثم ملكها تَصير أم ولدٍ له، فكذلك ههنا تصير أمَ ولدٍ ونَصَّ على هذا في كتابِ العدة، ذكره القاضي أبو حامدٍ، أعني هذا النصَّ، وهذا الذي ذكره أبو إسحق فيهِ نظرٌ لأنَّ في تلك، المسألة علقت بحرٍ وههنا علقت بمملوك والنصّ الذي حكاهُ أبو حامدٍ غير مشهورٍ، وقيل: في المسألة وجهان، لأن هذا الولد حرمه الحرية وإن كان مملوكاً لأنه لا يجوز بيعه، وقال القفالُ إن ولدت لستة أشهرٍ، وكان وطئها بعدَ العتق صارت أم ولدٍ، وإن لم يكن وطئها واستبرائها، ثم جاءت بولدٍ لستةِ أشهرٍ لا تصير أم ولدٍ له ولا يلحقه الولد، وإن لم يستبرئها وجاءت من يوم العتق لستةِ أشهرٍ، فهو كما لو كان لأقلّ من ستةِ أشهرٍ لأن

العلوق كانَ قبل عتقهِ، ومن أصحابنا من قال: تصير أمَّ ولدٍ له ههنا كما لو أقرّ بوطئها بعد العتق ولا يستند علوقُ الولدِ إلى حالةِ الرق.

قالَ: ومتى حكمنا بالعلوقِ قبل العتق هل تصير الجارية أم ولدٍ؟ فيهِ قولان، أحدهما: تصير أم ولده فلا يتبعها، وإذا عتق استقر أمرُ الاستيلاد فيها وإن رق رق لأنها ملكهُ وثبت لولده منها حكم نفسهِ كالحرِّ يستولد، والثاني: لا تصير أم ولده في الحالِ لتعلق حق السيدِ بها، فإذا قلنا: بهذا فلو عتق هل تصير أم ولده فيه قولان كمن استولد جارية غيره فولد حر ثم ملكها إذ لا تكون جارية المكاتب بأبعد من أن تصير أم ولده من جاريةِ الأجنبي، والصحيح الطريقة الأولى، وأمّا الولد فثابت النسبِ ولا مهر عليه لأن [٧٠/أ] الوطيء صادفَ ملكهُ وإن كان ناقصاً ولا يعتق عليه الولد، ولكنه يتكاتب عليهِ ومعنى التكاتب أنه لا يبيعه ولا يتصرفُ فيه بما يؤدي إلى إزالة الملك، وهكذا لو وهب له ولده ولا يثبت للولد من أحكام الكتابة شيء إلا هذا الحكم الواحد الذي ذكرنا.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ويجبرُ السيدُ أنْ يضعَ مِن كتابتِهِ شيئاً[١].

الإيتاء في الكتابة واجب عندنا وهو أن يحط السيد من مكاتبِه شيئاً من مال الكتابة أورد عليهِ منه، وقال أبو حنيفة ومالكٌ والثوريُّ هو مستحبٌ غير واجب ودليلنا قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣]، الآية. فأمرَ بالإيتاء وظاهرهُ الوجوب، وروى عن علي رضي الله عنه موقوفاً ومرفوعاً عن النبي ﷺ أنه قال في هذه الآية ينزل للمكاتب ويحط به ربع الكتابة[٢]، وروينا عن ابن عمرَ رضي الله عنهما أنه كاتب عبداً لخمسة وثلاثين ألفاًووضع عنه خمسة آلافٍ. قال الشافعي أحسبه قال: من آخر نجومهِ، وروى عن ابن عباسٍ أن عمرَ رضي الله عنهم كاتب عبداً فجاءه بنجمه، فقال: اذهب فاستعن بهِ في كتابتك، فقال: لو تركتَ حتى يكون آخر نجم، قالَ: إني أخاق أن لا أدرك ذلكَ ثم قرأ قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣]، وروي عن ابن عمر أنه قال في هذه الآية، يقول الله تعالى: «ضعوا عنهم من مكاتبتهم»، وروي عن فضالة، قال: كاتبني عمر رضي الله عنه فاستقرض من حفصة مائتي درهم فأعانني بها، فذكرت ذلك لعكرمةَ، فقال: هو قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ [٧٠/ب] ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣][٣]، فإذا ثبتَ هذا، فالكلامُ

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/١٨٦).

(٢) المرفوع أخرجه الطبراني في الأوسط (٣٠٠١)، (٣/٢٢٩)، والموقوف أخرجه البيهقي في الكبرى (٢١٤٥٧)، (١٠/٣٢٩).

(٣) أخرج نحوه الطبري في تفسيره (١٨/ ١٣٠).

في الإيتاء في ثلاثة فصولٍ في وقته وجنسهِ وقدره، فأمّا وقته فله وقتان وقت جواز ووقت وجوبٍ، فأمّا وقت الجواز فهو بعد عقد الكتابةِ إلى وقت الأداء، وبعد الأداء والعتق لأن القصدَ منه منفعة العبد، وهذا يحصل في جميع هذه الأوقات.

وأمّا وقت الوجوب فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: وقته بعد العتق كوقت المتعة في النكاح بعد الطلاق. والمذهبُ وهو اختيار أبي إسحق وجماعةٍ أن وقته قبل العتق لأن الله تعالى فرض للمكاتب سهماً من الصدقات، وليس للسيد دفع صدقته إلى مكاتبه فوجب عليه بإزائه الإيناء والصدقات تدفع إليه قبل العتق فكذلكَ الإيتاء قبل العتق أيضاً، ويفارق المتعة في الطلاق لأن الغَرضَ بها أن لا يخلو العقد من عوض، وذلك يحصل بالإيجاب بعد الطلاق، والغرض بالإيتاء المعونة حتى يحصل له العتق ولا يحتاج إليها بعد العتق ومن أصحابنا من قال: تجبُ بالعقد ويتضيّق وجوبه عند آخر نجومهِ، قال أبو إسحاق: وإنما يتعين عليه إذا بقي عليه من مال الكتابةِ قد ما يلزمه أن يدفعه إليهِ، وقيل: ذلك لا يتعين عليهِ ومنهم من قالَ: يجب إذا استأدى منه شيئاً بعد العقد وجوباً موسعاً ويتضيّق عند آخر نجومه لأن الله تعالى قال: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣]، فلا بد من أن يحصل من جهةِ المكاتب إيتاءُ شيءٍ حتى يتناوله الأمرُ بذلكَ. وحكى القفال عن بعض أصحابنَا [٧١/أ] أنّهُ قالَ: إذا حط أو أتاهُ ماءً قبل آخرِ النجوم لا يجوز بل أن يحصل العتق بحطهِ أو يؤتيَهُ بعد العتق ليحصل فيه كمال التمليك.

وأمّا جنسُهُ فالسيدُ بالخيار بين أن يحط بعض ما عليهِ وبين أن يدفع إليه من عنده، فأمّا الدفعُ من عنده ثابت ببعض الكتاب والحط ثابت بالسنةِ بدليل ما ذكرنا من الأخبار والحط أولى من الإيتاء لأنه ربا يصرفه في مال الكتابةِ، وربما لا يصرفه وإذا حط تحقق نفعه بهِ فكان الحط أولى، وقال الشافعي رضي الله عنه في «الأم»: ويجبر سيدُ العبد على أن يضع عنه مما عقد عليه الكتابة شيئاً ومهما وضع منه لم يجبر على أكثر منه وهذا يدل على أن الحط هو الواجب، وقال بعض أصحابنا الأصل هو الإيتاءُ أم الحط فيه وجهان، أحدُهما: الأصل هو إيتاءُ، ومعناهُ إذا أدى جميع النجوم يؤتيه السيدُ مالاً يتعيش به أياماً ليهيء أمر نفسهِ والحط يقوم مقام الإيتاء، والثاني: الحطُّ هو الأصل، والإيتاء يقوم مقامَهُ لأنه لا معنى للأخذ منه والرد عليهِ، وهذا خلاف النص الذي ذكرنا، فإذا تقرر هذا فالحط لا يتصور إلا من مال الكتابة وفي الإيتاء مسائل، أحدُها: أن يدفع إليهِ من نفس المال الذي أعطاهُ فيجوز ذلكَ، والثانيةُ: أن يعطيهُ من عين الجنس الذي كاتبه عليه لا يجوز بلا خلافٍ لأن الله تعالى أمرَ أن يعطى من مال الله يعني مما كوتب عليهِ، وليس هذا منه نص على هذا في «الأم»، وقال: إلا أن يشاءَ العبد أن يأخذَهُ، والثالثةُ: أن العطية من غير المالِ الذي أعطاه، إلا أنه

من جنسه، فالمذهب أن ذلك لا يجوز [٧١/ب].

ومن أصحابنا من قال: يجوز لأنه ليسَ بآكد من الزكاةِ لو عدلَ عن العين إلى جنسه جاز، فهذا إولى وهذا غلطٌ لظاهر الآية، وهي قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ [النور: ٣٣]، وهذا غير ذلكَ هذا ذكره بعض أصحابنا، وقال القاضي الطبري: المشهور أنه يجوز ذلكَ. ومن أصحابنا من غلط، فقال: لا يجوز لأن الشافعي قالَ: ويعطيه مما أخذَهُ. والجوابُ عنهُ أن الشافعي أرادَ من جنسه لا من عينه، وهذا أصح عندي ومعنى قوله: لا يجوز، أي لا يجبَرُ على قبوله فإن رضي المكاتب فلا شك في جوازه.

وأمّا قدر الإيتاء فليس بمحدودٍ بل للسيد أن يدفع إليهِ ما شاء مما يقع عليهِ اسم المال وإن كان حبةً نصّ عليهِ في «الأم». وقال أبو إسحق: يعتبر بمال الكتابةِ فيضع على حسب قلّته وكثرته، فإن تراضى العبدُ والسيدُ على شيء منهُ، وإلا رفع إلى الحاكم حتى يجتهد فيهِ فيضع عنه ما يؤدي إليهِ اجتهادهُ كما نقول في المتعة على الموسع قدره على المقتر قدره، وهذا له وجهٌ، ولكن خلاف نصّ الشافعي رضي الله عنه. والمستحبُّ أن يضع ربع الكتابة للخبر الذي ذكرنا، ومن أصحابنا من قال: الثلث وليس بشيء.

فرعٌ

لو أدى جميع مال الكتابةِ وامتنع السيدُ من الإيتاء، فللمكاتب أن يطالبَهُ بهِ متى شاءَ فإن مات قبل أن يعطيَهُ أو يضع عنه، قال في «الأم»: تجبرُ ورثتهُ على ذلكَ ولا يسقط الدين بموتهِ، بل يتعلق ذلكَ بتركتهِ كدين الحر سواءً.

مَسْأَلَةٌ: قالَ في «الأم»: فإنْ كانَ ورثتُهُ [٧٢/أ] صغاراً وضع الحاكمُ عنه أول ما يقع عليهِ اسمُ الشيء وما زاد سيد المكاتب أو ورثته إذا كانت أمورهم جائزة فهم متطوعونَ بهِ، وإن كانَ هناكَ وصي الورثةِ فعل الموصَى ذلكَ، ويجبر الحاكم أن يعطيَهُ أقل الأشياءِ، فإن كان على الميت دينٌ أو وصيةٌ جعل للمكاتب أدنى الأشياءِ يحاصصهم فإن مات السيدُ فأعطى وارثه المكاتب أكثر مما يقع عليهِ اسمُ الشيء كان لمن بقي من الورثةِ رده، وكذلك لأهل الدين والوصيةِ، وهكذا سيده إذا أفلسَ كان للغرماءِ رد الفضل، والشيء كل ماله ثمنٌ وإن قلّ وكان أقل من درهم فإن كاتب على دنانير فأعطاهُ حبةَ ذهبٍ أو أقل ما له ثمن جاز، وهذا كله نص على أنهُ غير مقدّر.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: فإن ماتَ السيدُ بعدَ قبضِ جميعِ الكتابةِ خاصّ بالذي لهُ أهلُ الدَّينِ والوَصايا.

قالَ المزنيُّ: يلزمهُ أن يقدمه على الوصايا على أصلِ قولِهِ، وهذا كما قالَ: قالَ أصحابنا: معنى قول الشافعي أن الذي للمكاتب مقدّم على الميراث ولم يرد به أنه يساوي الوصية ولو جاز أن يحمل على ذلكَ لوجبَ أن يكونَ الدين مُساوياً للوصايا لأن الشافعي سوى ها هنا بين الجميع وقيل: أراد الشافعي بقوله: حاص أهل الوصايا أي ساواهم في وجوب حقهِ لا في التقديم والتأخير، وقالَ القاضي الطبريُّ هذا اللفظ نقلَهُ المزني على المعنى وليس هو من كلام الشافعي، وإنما قال الشافعي في «الأم»، فإن كانَ على الميت دين أو وصيَّةٌ يجعل للمكاتب أدنى الأشياء يخاصمهم بهِ، [٧٢/ب] وإنما أراد به يحاصّ أهل الدين فنقل المزني هذا الكلامَ على المعنى، وجعله صريحاً فيهِ ليعترضَ عليهِ، وقيل: غلط الكاتب وإنما هو حاصّ أهل الدين دون الوصايا وفي هذا نظرٌ، وقال أبو إسحق من أصحابنا من قالَ: إنما أجراهُ الشافعي مجرى الوصايا لأنه ليس بشيء محدودٍ، فيضرب بهِ مع الغرماءِ وإنما يمكنه أن يضرب بهِ مع الغرماء إذا كان له حدّ معلومٌ. قال أبو إسحق: والأول أشبه بمذهبهِ ومن أصحابنا من علل لهذا الوجهِ بأن هذا الدين ضعيف لأنه غير مقدر، فَسوّي بينَهُ وبينَ الوصايا لضعفهِ، وهذا ليس بشيء لأنه لو كانَ كذلكَ لما جاز أن يُسوّي بينه وبين الديون الواجبة، ومن أصحابنا من قال: أرادَ بأهل الوصايا أهل الديون الذين تثبت ديونهم بالإقرار في حال المرضِ. ومن أصحابنا من قالَ: أرادَ إذا كان السيدُ أوصي عند موتهِ بأن يدفع إلى مكاتبة أكثر من القدر الذي يستحقه فيكون، القدر الذي يستحقه من الإيتاء ديناراً واجباً يحاص به أهل الديون وما زاد على ذلكَ يحاص به أهل الوصايا.

أو أرادَ أن القاضي فرض له شيئاً باجتهادِهِ ورضي به الوارث، فهو زيادة على ما يلزمهُ ورضي به أهل الوصايا دون أهل الديون فبالأقل يحاص أهل الديون وبالزيادة يحاص أهل الوصايا وهذا ضعيفٌ، وقيل: أراد ديوناً موصى بقضائها فيحاصها وسائر الديون بالقدر الذي قدر الحاكم لهُ. قال القفالُ: وهذا كلهُ إذا كان قد استهلكَ السيد ما قبض، [٧٣/أ] فإن كان العين باقياً أو بعضهُ باقياً، فما قدره الحاكم يؤخذ من تلك العين من غير مزاحمةٍ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وليسَ لِولي أنْ يكاتبَ عبدَهُ.

كل من يلي مال الطفل أو المجنون من أب أو جد أو وصي أو حاكم أو قيم من جهةِ الحاكم لا يكاتب عبده، وقال مالكٌ وأبو حنيفة وأحمد: يجوز، وزاد أحمد، فقال: يجوز عتقه على المالِ أيضاً، وهذا لا يصح لما قالَ الشافعي: إنه لا نظرَ له فيهِ، وأرادَ أن الكتابة عتق العبد بكسبه وكسبُه لسيده لو لم يكاتبه فلا يكون لليتيم فيه حظٌ ولا نظرٌ، فإن قيل قد يكاتبه على أكثر من ثمنه أضعافاً ويدفع إليهِ من صدقاتِ المسلمين ولو تركه وكسبَهُ لم يره إلا

شيءٌ يسير، قلنا: قد يكسبُ ويتلفُ ثم يعود إلى الرق فلا يحصل في يد السيدِ إلا رقبته بعد تلفِ كسبهِ مدة كتابتهِ فإذا تقرّر هذا فإن كاتب واحدٌ منهم، فالكتابةُ فاسدةٌ فإن أدى العبدُ المال لم يعتق لأن المعاوضة باطلةٌ والعتقُ بالصفةِ إنما يقعُ، فمن يملك إيقاعَهُ والولي لا يقدر على إعتاق عبد الطفلِ بصفةٍ ثم المال الذي أدى منه حلالٌ لسيده، وإن أعطى من سهمِ الرقاب رجع الوالي عليهِ فأخذه ممن صار إليه، لأنه ليسَ من الرقابِ.

فَرْعٌ

قال الشافعي رضي الله عنهُ: ولو كان العبدُ بين محجورٌ عليه بائع أو صبيٌّ وبين رجلٍ يلي نفسَهُ لم تجز كتابته أذن فيها المحجور عليه ووليه أو لم يأذن فإن أدى عتق نصيب غيرالمحجور عليهِ وتراجعَ هو والعبدُ [٧٣/ب] بنصف قيمةِ العبدِ وعتق كله عليهِ إن كانَ موسراً وضمنَ المحجور عليه نصف قيمته مملوكاً، ولا يرجع على المحجور عليهِ بشيء أخذه منه لأنه أخذه من عبده، وأرادَ بهِ ما أخذه في حال كتابتهِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»: لو كاتبَ الصبي عبدَهُ لم تجز كتابته سواءٌ أذن أبوهُ في ذلكَ القاضي أو نائبه وكذلكَ لو أعتقَهُ على مالٍ يأخذه منهُ لأن الصبي ممن لا يجوز عتقهُ وعند أبي حنيفة تجوز كتابته بإذن السيد.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: ولو كاتب محجور عليهِ عبدَهُ لم يجز ولو أدى إليه لم يعتق سواءٌ أدى إليهِ قبل أن يطلق الحجر عنه أو بعدما أطلق. وهكذا لو قالَ لهُ إن دخلت الدارَ فأنت حرٌّ، ثم أطلق عنه الحجر، ثم دخل الدار لم يعتق يحدثُ يميناً أو عتقاً بعد إطلاق الحجر.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: لو ادعى عبدٌ على سيده أنه كاتبَهُ، فقالَ: كاتبتكَ، وأنا محجور، وقال العبدُ: كاتبتني وأنت غير محجور عليكَ، ثم حجر عليك، فالقولُ قول العبد، وعلى السيد البينة. قال القاضي أبو حامدٍ وإن كانَ السيّدُ في حجرٍ أطلق عنه، أو كانَ به جنونٌ، فالقول قوله مع يمينه، وما ادعى من الكتابة باطلٌ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»: ولو كاتبَ السيدُ عبده، وهو غير محجور عليهِ ثم حجر على السيد

ادعته كانت الكتابةُ ثابتةً ويستأدي وليه الكتابةَ، فإذا أدى العبد فهو حرٌ، ولو دفعَ إلى المحجور عليه لا يعتق لأن قبضَهُ لا يصح ذكره أصحابنا وإن أطلقَ عنه الحجر بعد ذلكَ لا يعتق أيضاً. وقال بعض أصحابنا بخراسان [٧٤/أ] إذا دفعَ إليه وقلنا: لا يعتق ثم أطلق الحجر عنه من بعد هل يعتق بالإيتاء السابق قد قيل: قولان، وقيل: قولاً واحداً لا يعتق لأن الحجر عليه لا لغيره.

مَسْأَلَةٌ: قال: وَلوِ اختلفَ السيدُ والمكاتبُ تحالفَا وترادَا.

هكذا نقل المزني وقال في «الأم» إذا تصادق السيدُ والعبدُ على أن كاتبه كتابةً صحيحةً واختلفا في الكتابة، فقال السيد: كاتبتكَ على ألفين، وقالَ العبدُ: على ألفٍ تحالفا كما يتحالفُ المتبايعان ويترادان فمن أصحابنا من قال: لفظ التراد غلطٌ من الكاتب في هذه المسألة لأن العتقَ لا يرد إذا وقع وهذا يتبين من كلام الشافعي في «الأم» لأنه ذكر التراد فيما شبه الكتابة به من اختلاف المتبايعين لا في الكتابةِ ومن أصحابنا من قال: المراد به فسخ الكتابة وهو صحيحٌ وجملته أنه إذا اختلفا في مقدار الكتابةِ أو في مقدار النجوم، أو في مقدار الأجل، أو في جنس مالِ الكتابة فإنهما يتحالفان، وبه قال أبو يوسفَ ومحمدٌ. وقال أبو حنيفة: القول قولُ المكاتب وعن أحمد ثلاث روايات: أحدُها كقولنا، والثانية: كقول أبي حنيفة، والثالثة: القولُ قول السيد، ودليلنا أنهما اختلفا في عوض العقد القائم بينهما، وليس مع أحدهما بينة فيتحالفان كما في المتبايعين إذا اختلفا في الثمن.

فإن قيل: القياسُ أن لا تحالف، ولكن أثبتناه في البيع للخبر، قيل: القياسُ هو للتحالف لأن كلَّ واحد منهما مدعي ومدعى عليه ولأن في الإجارة يثبت التحالفُ، [٧٤/ب] ولم يرد فيها الخبر، فلم يصح ما قالهُ، فإذا تقرر هذا وتحالفا انفسخ عقد الكتابةِ فإن كانَ قبل العتق عاد العبدُ رقيقاً كما كان وهذا إذا قلنا: ينفسخ البيع بالتحالفِ من غير حكم الحاكم فأمّا إذا قلنا: في التحالف لا ينفسخ البيع ما لم يفسخ الحاكم بعد التحالف لا يعود العبد رقيقاً ههنا بنفس التحالف بل إذا تراضيا على شيء بعد التحالف أقرا عليه وعتق العبد بأدائهِ، وإن لم يتراضيا فسخها الحاكم ثم يعود العبدُ رقيقاً، وإن كانَ بعد الأداءِ ووقوع العتق لم يرد العتق ولكنهما يتراجعان بالقيمة لأن العقد ينفسخ ويسقط المسمى فيكون بمنزلةِ الأداءِ في الكتابةِ الفاسدة فيثبت التراجعُ، فإن قيل: كيف يتصورّ اختلافهما بعد عتقه، قيل: ذكر الشافعي في الإملاءِ وحرملة صورةَ ذلكَ، فقال: قال الشافعيُ: لو أن رجلاً جاءَ إلى الحاكم ومعهُ عبدٌ له، فقالَ: كاتبتُ عبدي هذا كتابةً صحيحةً على ألفي درهم وقبضها منهُ فعتق، وقال العبد: صدق في كل ما قال إلا في الألفين فإنّهُ ما كاتبني إلا على ألفِ درهم وأعطيتهُ ألفين على أن يكون لي عنده ألفٌ، وليسَ لواحدٍ منهما بينةٌ تحالفا كما يتحالفُ

المتبايعان الحران، وكان للسيد على العبد من الألفين قدر قيمته، فإن كانت قيمتُه أكثر من ألفين رجع السيدُ بالفَضلِ عليهِ فإن أقاما جميعاً البينَة، فقال بينةُ العبد كاتبه في شهر رمضان من سنةٍ كذا على ألفٍ، وقال: بينةُ السيد كاتبه في شوالٍ من تلك السنة على ألفين، [٧٥/أ] واتفقا على أن الكتابةَ كانت واحدةً، قال الشافعي: كان هذا إكذاباً من كل واحدةٍ من البيّنَتين للأخرى ويتحالفا وهو مملوكٌ بحاله وإن لم يتفقا على أن الكتابةَ كانت واحدةً. قال الشافعي: البيّنةُ المتأخرة أولى لأنهما قد يكونان صادقين فتكون كتابته في شهر رمضان ثم انقضت الكتابةُ وأحدث له كتابة أخرى، قال الشافعي: إلا أن تكونَ البينَةُ الأولى أنه أدى وعتق، فتكون البينتان مُتعارضتين لأنه لا يمكن أن يكون مكاتباً بعد العتق.

فَرْعٌ

قالَ في «الأم»: ولو شهدت بينَةُ المكاتب أنه كاتبَهُ على ألفٍ وأداها السيد ألفاً وشهدت بينَةُ سيده أنه كاتبه على ألفين فأدى ألفاً ولم يوقت البينتان لم يعتق المكاتب وتحالفا وتراد الكتابةُ من قبل أن كل واحدة من البينتين تكذّبُ الأخرى فليست إحداهما بأولى أن تقبل من الأخرى، فجعل الشافعي البينتين المطلقتين في التعارض مثلَ البينتين المؤرختين.

وقول الشافعي: تحالفا وترادا دليلٌ على صحةِ لفظ التراد في المسألة الأولى، وإن المراد به فسخ العقدِ.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «الأم»: ولو شهدا معاً بهذه الشهادة واجتمعا على أن السيدَ عجله العتق، وقالت: بينة السيدِ جعل الألفَ ديناً عليهِ وأخّر ذلكَ أنفذتُ له العتق لاجتماعهما عليهِ، واختلف كل واحدٍ منهما لصَاحبهِ ثم جعلتَ على المكاتب قيمتَهُ لسيدهِ كانت أكثر من ألفين أو أقل من ألفٍ.

ولو تصادقا على أن الكتابةَ بألفٍ في كل سنةٍ منها كذا فمرت سنون، فقال السيد: لم يؤدِ إلي شيئاً، وقال العبدُ: [٧٥/ب] أديتُ إليه جميع النجوم كانَ القولُ قول السيدِ مع يمينه، وعلى المكاتب البينة فإن لم يقم بينه وحلف السيد، قيل للمكاتب: إن أديت جميع ما مضى من نجومكَ الآن وإلا فلسيدكَ تعجر بكَ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: ولو قالَ السيّدُ: قد عجزتهُ وفسخت كتابته وأنكر المكاتب أن يكونَ فسخ كتابته

كان القولُ قول المكاتب معَ يمينه، ولا بصدقُ السيدُ على تعجيزه إلا ببينةٍ تقومُ على حلول نجم أو نجوم على المكاتب، فيقول: ليس عندي أداءً ويشهد السيد أنه فسخ كتابته، فيكون كتابةً مفسوخةً سواء كان هذا عند حاكمٍ أو غير حاكمٍ.

فَرْعٌ آخرُ

قال: ولو ادعى على سيده أنه كاتبَهُ وأقام بينةً بكتابتهِ ولم تقُل البينةُ إلى وقت كذا لم تجز الشهادةُ وكذلكَ لو قالَ: كاتبه على مائةِ دينارٍ، ولم يثبت في كم يؤديها وكذلكَ لو قالَ: مائة دينار منجمةً في ثلاث سنين، ولم تقل في كل سنةٍ ثلثها، أو أقل أو أكثر لا تجوز الشهادةُ حتى يؤقتا المال، والسنين وما يؤدى في كل سنةٍ، فإذا انقضت البينَةُ من هذا شيئاً سقطت وحلفَ السيدُ وكان مملوكاً وإن نكل حلفَ العبدُ وكانَ مكاتباً على ما حلفَ عليهِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: ولو أقامَ بينةً على أنه كاتبه وأدى إليهِ فعتق، أو أقامَ بينةً على أن سيده أقرّ أنه كاتبه على أنه إذا أدى فهو حرٌ، وأنه أدى إليهِ وجحد السيدُ وادعى أن الكتابة كانت فاسدةً أعتقتهُ عليهِ وأحلفتُ العبد على صحة الكتابةِ، فإن حلفَ يرى وإلا حلفَ السيدُ وترادا القيمةَ.

مَسْألَةٌ: قالَ: ولو ماتَ العبدُ المكاتبُ وكانَ لهُ ولدٌ مِن امرأةٍ معتقةٍ.

الفَصْلُ

صُورة المسألةِ [٧٦/أ] أن يكاتب عبداً فتزوّج بحرةٍ معتقةٍ فأتت بولدٍ يكون الولد حُرّاً وولاءُهُ إلى الأم لأنه عتق بعتقها، فإن أدى الأبُ مالُ الكتابةِ عتقَ وجر ولاءَ ولده عن موالي الأم إلى موالى نفسهِ.

ولو قال السيدُ في حال حياة المكاتب قد أدى إلى كتابته عتق بقولهِ وانجر الولاءُ إليهِ، وإن لم يكن صادقاً لأنه يجعل هذا الكلام منه ابتداءَ إعتاقٌ وإبراءٌ.

وإن مات العبدُ فقامت البينَةُ أن السيد أقرّ بقبض النجوم في حياتهِ فكذلكَ الحكم، وإن لم تقم البينَةُ ولكنه يقرّ بعد موتهِ بأنه كانَ قد أدى المال وعتق ويدعي ذلكَ بجرّ الولاءِ. وقالَ موالي الأم مات قبل الأداء، فالولاءِ لنا، فالقولُ قولُ موالي الأم لأن الأصل بقاءُ الولاء لهم، فلا ينتقلُ عنهم لا بيقينٍ ويحلفُ مولى الأم على العلم أنه لا يعلم ذلكَ. قالَ في «الأم»: ودفع مال المكاتب إلى ورثته الأحرار بإقرار سيده أنهُ ماتَ حراً وهذه الصورة مسألة

الكتاب.

فَرْعٌ

لو أقرّ السيدُ في مرضهِ أنه قبضَ ما على مكاتبه حالاً كان على المكاتب أو مؤجلاً صدقَ، وليس هذا بوصيةٍ وإنما هو أقرّ ببراءةِ دينٍ كان عليهِ، فهو كما يصدقُ على إقراره لحر ببراءةِ دينٍ له عليهِ.

مَسْألَةٌ: قالَ: ولو قالَ: استوفيتُ مَا على مكاتِبيْ أقرعَ بينهُمَا[١].

صُورةُ المسألةِ أن يكون مكاتبان فأقرّ أنه استوفى ما لهُ على أحدهما وكانت كتابتهما سواءً أو أقرّ أنه أبرأ أحدَهُما ما عليهِ، وإنما أشكل عليهِ عينه، قالَ الشافعي: يقرع بينهما ولا خلافَ أنه لا يقرعُ ما دامَ السيدُ حياً بل يرجع إليه، [٧٦/ب] فيُقالُ لَهُ: تَذكر، وأخبر به، فإن الظاهرَ من حالِ الإنسانِ أنهُ إذا نسي شيئاً تذكره وأخبر عنهُ، فإن تذكّر وأخبر به يعتق الذي أخبر به، فإن ادعى الآخر أنه هو الذي عتق، فالقولُ قول السيدِ فيحلف لَهُ وتسقطُ دَعواهُ، فإن نكل عن اليمين حلفَ العبدُ وعتق أيضاً وإن لم يتذكر حلفَ لهما إذا تداعياهُ.

ثم الحكم فيهما بعد اليمين اختلفَ أصحابنا فيهِ على وجهين، أحدهما: أن يكون كل واحدٍ منهما على كتابتهِ، ولا يعتق واحدٌ منهما إلا بأداءِ جميع المالِ وحكي عن الشافعي هذا الوجه لأن كل واحدٍ منهما لم يستقر لهُ الأداءُ، والثاني: أن الدعوى ترد على المكاتبين حتى يتحالفا على الأداءِ، فإن حلفا أو نكلا كانا على الكتابةِ لا يعتقان إلا بالأداءِ وإن حلفَ أحدُهما ونكل الآخر قضي الأداءِ للحالفِ منهما دون الناكِل وعتق، وكان الناكلُ على كتابتهِ، وإن مات السيدُ قبل البيانِ، ففيه قولان، أحدهما: يقرع بينهما لأن الحريّة قد تعينت في أحدهما لا بعينه فوجبَ تمييزُ ذلكَ بالقرعةِ، ولأن معنى ذلكَ أن أحدهما حرٌ والآخر مملوكٌ فهو كما لو قالَ أحدكما: حرٌ، ولم يبين ومات وأرادَ واحداً بعينه لأن العتق قد تعيّن في الذي أدى الكتابةَ والسيدُ مخبر عنهُ، والثاني: لا يقرع بينهما لأن أحدهما قد عتق، فلو أقرعنا أدى إلى نقل الحريّةِ من شخصٍ إلى شخصٍ ولا سَبيل إلى ذلكَ.

وإذا قلنا: بهذا رجعنا إلى الورثةِ، فإن ذكروا أنهم يعرفونَ ذلكَ حكمنا بحريّةِ المعيّن بإقرارهم فإن ادعى الآخرُ ذلك يحلفونَ لَهُ، فإن نكلوا عن اليمين حلفَ العبدُ [٧٧/أ] أن

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/ ١٩٣).

الأولَ بالإقرارِ، والثاني: يرد اليمين وإن ذكروا أنهم لا يعرفون ذلكَ حلفَوا لكلِ واحدٍ منهما ويستوفون المالَ منهما جميعاً كرجلٍ له دينٌ على رجلين أقرّ أن أحدهما بريء مما عليهِ ولم يعينه ومات فالورثَةُ يحلفون لكل واحدٍ منهما ويستوفونَ الدينين معاً كذلكَ ههُنا.

ومن أصحابنا من قال: بيان الورثة مقدمٌ على الإقراع في العتقِ المعينَ وهذا عتقٌ مُعيّن، فإن قالَ الوارث: لا أعلم يقرع حينئذٍ على ما ذكره الشافعي ذكرها القاضي الطبريُّ وهذا أصح عندي، وقال صاحب «الشامل»: عندي أنه إذا حلفَ الوارث لهما أنه لا يعلم عين المؤدي منهما، وقلنا: لا يقرع فقالا: نؤدي على أحدنا إن كانت الكتابتان سواء، وإن اختلف المالان، فقالا: نؤدي الأكثر منهما ليعتق. كان لهما ذلكَ لأنه إذا أدى ذلك فقد ثبت أداءُ جميع ما عليهما بحكم الإقرارِ السابق، وهذا حسن عندي.

فإن قيل: أليسَ لو قالَ: استوفيت ديني من أحدِ الغريمين ولم يبين، ومات لا يقرعُ بينهما فما الفَرق؟ قيل: الفَرقُ أن ههنا في ضمن الاستيفاءِ عتقاً والإقراعُ لحق العتق لا لتبيين الاستيفاءِ، وهناكَ استيفاءٌ محض، فلا تشرع القرعة ونظيره لو قالَ: استوفيتُ بعضَ نجوم، أحدهما ولم يبين لا يقرع لأن العتقَ لا يحصلُ به، بل الأمرُ موقوفٌ.

فإن قيل: هلا اعتبرتم ظاهرَ اللّفظ وهو الاستيفاءُ حتى لا يقرعُ كما قلتم لو علق عتقَ المكاتب بدخول الدارِ صحَّ وإن علقَ الإبراءَ به لا يصحُّ، قلنا: لأنه إخبارٌ وليسَ بإنشاءٍ، وفي ذلكَ المخبرِ عنه استيفاءٌ، وعتقٌ، والعتقُ مُغلبٌ [٧٧/ب].

وإذا أقرعنا، فخرجت القرعةُ لأحدهما عتق، وقد حصلت البراءةُ تبعاً للعتق وبقي الآخر مكاتباً. وإن ادعى أحدُهما على الورثةِ فأنكر له حصل بإنكارهِ الإقرار للآخر.

ثم رجع الشافعيُّ رضي الله عنه إلى مسألة الخلافِ، فقال: والمكاتبُ عبدٌ ما بقي عليهِ درهمٌ، قال: وكيف يموتُ عبداً ثم يصير حراً بالأداءِ بعد الموتِ؟، وإذا كان لا يعتق في حياةِ السيدِ إلا بعد الأداءِ فكيف يَصح عتقه إذا ماتَ قبل الأداءِ؟ وهذا ذكرَهُ دَليلاً على أبي حنيفة رحمه الله.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو أدى كِتابتَهُ فعتقَ وكانَ عَرضاً فأصابَ السيدُ بهِ عيباً فردَّهُ.

الفَصْلُ

جملةُ هذا أن الكتابةَ على العرض جائزة كما تجوز على النقود لأنهُ تثبت في الذمة سلماً، فإذا كاتب على عرضين موصوفين إلى أجلين مَعلومين، فأدّاهما على صفتها، فإنهُ يعتق في الظاهرِ لأنه أدى المالَ الذي وقعت الكتابة عليهِ، فإن أصابَ السيدُ بالعرضِ عَيباً

فله رَدهُ، وإمساكه لأنه ملكه بمعاوضةٍ ولا فرق عندنا بين العيب اليسير والكثير. وقالَ أبو حنيفة لا يرد بالعَيبةِ اليسير، فإن اختار الإمساك سقط حكم الرد واستقر ملكهُ على المأخوذِ واستقر العتق، وإن اختارَ الرَّدَ فردهُ وعجز ارتفعَ العقدُ، وارتفع العتق الواقع له كالمشتري إذا رَدّ المبيعَ بالعيب ويفارق هذا إذا قالَ لامرأتِهِ: إن أعطيتني ثوباً فأنتِ طالقٌ وأعطته ثوباً فإنها تطلقُ فلو وجدَ بهِ عيباً، فردهُ لم يرتفعُ الطلاقُ لأنّ المغلبَ هناكَ حكم الصفةِ وههنا المُغلّبُ حكم المُعاوضةِ، [٧٨/أ] فإذا ردّهُ ارتفع حكمهُ كالبيع، وقالَ أحمد: لا يرتفع العتقُ الواقع به إذا ردّ لأن المالَ فيها غيرُ مقصود كما في الخلع وهذا غلطٌ لما ذكرنا، فإن قيل: إذا اختار الإمساكَ ينبغي أن لا يعتق لأنه لم يعطِهِ جميع ما وقع عليهِ العقدُ كما لو كاتبه على عشرة فأعطاهُ خمسةً أو تسعةً لا يعتق، قلنا: إذا أمسكَ المعيب فقد رضي بإسقاط حقهِ منه فجرى مجرى ما لو أبرأهُ مما بقي من مالِ الكتابةِ، ولأن سلامة الصفة اقتضاها العقد والقدر منصوص عليهِ فنطق العتقُ بهِ لأن حكم الصفةِ أخف وكفى في سقوط حقهِ منها إمساكه، وقالَ أبو إسحق: العتق قد وقع بقبضهِ معيباً لأن كونه معيباً لا يمنع كونه ملكاً للقابض إلى يفسخ ذلك، وإذا كانَ ملكه وجبَ أن يعتقُ المكاتب لأنه لا يجوز أن يجتمع في ملكه البدلُ والمبدلُ، ويقال للسيّدِ إن رضيت به فالعتقُ نافذ من يوم قبضتَ، وإن لم ترض به فردّهُ بالعيب فإذا ردّهُ عادَ مكاتباً، وقيل له: إن أعطيتَهُ سَليماً من العيب فليسَ له تعجيزك، فإذا عجزت عن ذلكَ، فليس عليهِ الصبرُ ولهُ تعجيزكَ ورد الكتابةُ.

قال الماسرجسي، وبعض أصحابنا إذا وجدَ العيبَ تبينّا أن العتقَ لم يقع فإن أمضاهُ ورضي به عتق من وقت الرضا وإن ردّ لم يقع العتق. وقول الشافعي ورد العتق ليسَ على ظاهره لأن العتقَ لا يرد بعد وقوعه، وإنما لم يقع العتق لأنه إذا وجد به عيباً تبينّا أنه لم يأت بالعوضِ الذي وصفَهُ كالمسلم إليهِ إذا أتى بالمسلم فيهِ بغير صفتِه، فإن المعقود عليهِ [٧٨/ب] لم يسلمه والذي يدلُّ عليهِ أن الشافعي شَبّهه بدفع دنانير نِقص، وَلا شكّ أن العتق لا يقع بدفع دنانيرنا فضةٍ. قالَ: وقد قالَ الشافعي في كتاب الخلع: إذا خالع بعبدٍ بعينه فوجد بهِ عيباً ردّهُ، وكانَ له عليها مَهرُ مثلها، وإنما أوقع الطلاق لأن العقد وقع على عوضٍ موصوفٍ، فإن كانَ به عيب لم يسلّم ما وقع العقد عليهِ، قالَ: والدليل على أن العتق إذا وقع لا يُرفعُ أن الشافعي، قالَ: ولو قالَ: أنا عبدُ فلانٍ، فأنكره وقالَ: ليسَ لي عتق، فإن أقرّ بعده لغيره لم يقبل منه ولا يرفعُ عتق واقعٌ.

ولأن الشافعي قالَ: إذا اختلفا في مقدارِ مالِ الكتابةِ بعد قبضه تحالفا ويرجع إلى قيمته، ولا يرفع العتق فصحّ أن العتق لم يصح في هذه المسألةِ، وهذا إذا كانت السلعةُ قائمةً، فأمّا إذا كانت فائتةً، قالَ أبو إسحق: عادَ إلى الكتابةِ من يوم المعيب لأنه بالتلفِ

وجب للسيد أرشه فكأنه من ذلكَ اليوم قد بقي من الكتابة مقدار أرش العيب، فيكون مكاتباً من ذلكَ الوقت، فيقالُ له: إن أعطيتهُ نقصان العيب من وقتكَ وإلاّ فلسيدكَ تعجيزك، وَلم يقل: يرد العتق، فلو كان العتق باقياً معَ تلف السلعةِ كبقائه إذا كانت باقيةً لاحتاج أن يرد العتق أولاً ثم يعجز، وقالَ القَفالُ: لورضي بالعيب بعدما علم به، وفاتت السلعةُ ففي وقت العتق وجهان، أحدهما: من يوم الدفع، والثاني: من يوم الرضا، قالَ وإذا أراد الأرشَ فإن كان العَيبُ ينقص عشر قيمة العوض فعلى العبدِ أن يغرم عشر قيمة [٧٩/أ] نفسهِ كما لو أسلم ثوباً في حنطةٍ، فأخذ الحنطة وأتلفها ثم وجد بها عيباً ينقص عشر قيمتها فعلى البائع أن يرد عشر الثوب وههنا لا يمكن أن يرد عشر نفسهِ للفوت بالعتق فيرد عشر قيمة نفسهِ ومن أصحابنا من قالَ: يلزمه عشر قيمة العوض، وهذا غلطٌ وهكذا الحكم لو كانت السلعة باقيةً ولكن حَدث فيها عيبٌ آخرُ، فلم يرض به لا يقع العتق حتى يدفع الأرش.

وإن وجد مَا أخذ مستحقاً بان أنه لم يعتق بلا إشكال.

فَرْعٌ

قال الشافعي رضي الله عنهُ لو قبضَهُ، وقال له: أنت حرٌ ثم بان استحقاقَهُ، فاختلفا، فقال السيدُ: أردتُ أنه حرٌ على حكم الكتابةِ بقبض ما قبضتُ. وقالَ المكاتبُ: بل ردت إنشاءَ الحريّة، فالقولُ قولُ السيدِ مع يمينه ثم هو على كتابته إلى أن يؤدي وعلى هذا لو قيل له: طلقتَ امرأتكَ، فقالَ: نعم، طلقتها، ثم اختلفا، قالت المرأةُ: أردت إنشاءَ الطلاق أو إقراراً بطلاقٍ آخر وقالَ الزوج: أنا قلتُ ذلكَ على ظن أن اللفظ الذي كانَ جرى بيننا وقع به الطلاق، وقد أفتى العلماءُ بأن ذلك اللفظ ليسَ بطلاقٍ، فالقولُ قوله، ذكره القفالُ، وهو غريبٌ ولو بان استحقاق العَرض، ثم قال: أنت حرٌ يعتق الآن بلا إشكالٍ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو ادعى أنهُ دفعَ مالَ الكتابةِ انظر يوماً.

اعلم أنه إذا اختلفَ السيدُ والمكاتب، فقالَ: أديتُ المال وأنكر السيد، فإن لم يكن معَهُ بيّنَةٌ، فالقولُ قول السيدِ لأن الأصل بقاءُ الحقِ في ذمتهِ، وإن كانَ معهُ بينةٌ تشهد لهُ فإن كانت حاضرةً أقامَها، [٧٩/ب] قالَ: فإن جاءَ بشاهدٍ حلفَ معَهُ وبريء. وهذا نصٌّ على أنهُ يقبلُ فيهِ شاهدٌ ويمينٌ ولا فرقَ بين النجم الأولِ، والثاني وقد ذكرنا وجهاً آخرَ أنه لا يقبل في النجم الثاني، وهو خلافُ النص وإطلاقُ الوجهين خطأٌ وإن ادعى أن له بينةً غائبة لا يؤجلُ أكثر من ثلاثة أيام لأنها آخرُ حد القلةِ وأول حد الكثرة، فإن أحضر شاهداً واستنظرَ بالثاني، ينظر ثلاثة أيامٍ أُخرى، ولو أحضر شاهدين انظر لإثباتِ عدالتهما ثلاثاً.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولَو عجزَ أو ماتَ وعليهِ ديونٌ بُدىءَ بها على السيدِ.

الفَصْلُ

قد ذكرنا فيما تقدمَ أنه إذا مات سقط دين السيّد وبقيت ديونُ الناسِ، فيقضي مما في يديه، فإن بقي شيءٌ لا يلزمُ سيده قضاءهُ، وإن لم يمت ولكنه أفلسَ يُبدأ بديون الناسِ على نجومهِ. وقالَ بعض أصحابنا بخراسان: لو كانَ لسيده عليهِ دينٌ من معاملةٍ لا من نجوم الكتابةِ فهو كأحدهم في ذلكَ، وإنما تقدم الديون على نجومِ الكتابةِ فقط، وإن كانَ فيهم مجنيٌّ عليهِ، ففيه وجهان أحدهما: يشاركهم، والثاني: يصرف ما في يده إلى الغرماءِ ويعجز ثم تباع رقبته للمجني عليهِ لأنه يمكن استيفاء حقه من رقبتهِ ولا يمكن استيفاءُ حق الغرماءِ من رقبته فكانوا أحق بما في يده، وهذا أصحُ وهو اختيار القفالُ وغيره. قال القفالُ: فإن مات رقيقاً، وهناك ديون جنايةٍ ومعاملةٍ، ففيه وجهان أحدهما: يقدم دين المعاملةِ كما في حال الحياةِ، والثاني هما سَواءٌ [٨٠/أ] لأن دين المعاملةِ كانَ في المال والأرش كان في الرقبةِ فلما مَات انتقل إلى المال وعندي أن أرش الجنايةِ سقط بموتهِ لفواتِ محلهِ، وَهو الرقبةُ وليس له تعلقٌ بالذمة.

فَرْعٌ

قالَ في «الحاوي»: إذا عجز وكانت الجنايةُ أقل من ثمنه بيع منهُ بقدرها، وكان الباقي منهُ على رق سيده، فإن أراد السيّد أن يستبقي الباقي على الكتابةِ جاز له لأنهُ لم يبتدئها في بعضهِ فيمنع منها، وإنما بَطلت الكتابةُ في بعضهِ فجاز أن يصح الباقي منها، فإذا أدى كتابةً باقية عتق، وفي تقويم باقيه على السيدِ إن كانَ موسراً وجهان، أحدهما: لا يقوم عليه لتقديم سببَ العتق قبل التبعيض، والثاني: يقوّم الباقي ويسري العتق في جميعه لأن اختياره للإنكار كابتداءِ العتقِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: لو بيع بعضهُ في جنايته قبل أن تحل عليه مال الكتابةِ لزم السيّد أن يقيم على الكتابةِ في باقيهِ لأنها إذا لزمت في جميعهِ لزمت في بعضه ولا يقوم عليهِ باقيه إن عتق بالأداءِ وجهاً واحداً لأن عتقه لم يقف على خياره بعدَ التبعيض.

فَرْعٌ آخرُ

لو استسخر السيّدُ مكاتبه فحبسهُ عن العمل واستخدمه، فهو مضموم عليه، فيؤخذ من السيد ثم هل يستأنف له ما فات من زمان الأجل؟ قولان أحدهما: لا يستأنف لأنه قد أخذ أجر المتلف، والثاني: يستأنف إذ لا سَبيل إلى تعجيزه، وقد أبطل عليه مدته، فإذا قلنا: لا

يستأنفُ فإن وقت أجرة المثل بمالِ الكتابةِ عتق، وإن كانَ فيهِ فضل بقي له الفضلُ، [٨٠/ب] وإن نقصَ فبذلكَ النُّقصان تَعجِّزه السيّدُ إن كانَ قد حلّ النجم.

بَابُ كتابةِ بعضِ عَبْدٍ، والشريكين في العَبْد يُكاتبانهِ

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولا يجوزُ أنْ يكاتبَ بعضَ عَبدٍ.

الفَصْلُ

إذا كاتب بعض العبدِ لا يخلو ما أن يكونَ باقيه حراً أو مملوكاً لهُ، أو مملوكاً للغير فإن كان باقيه حراً صحت الكتابة لأنه يتوفر عليه جميع مقاصدِ الكتابةِ ويعطى من سهم الرقاب، وإن كانَ الباقي مملوكاً لَهُ نصَّ على أنه لا يجوز لأنه يملك به كمال التكسبِ والتصرف فإن له منعه من السفر والغيبةِ ولا يجوز له أن يأخذ سهم الرقاب لأن السيّد يأخذ نصفَهُ لحق الملكِ وذلكَ لا يجوز، فصار كما لو كاتب عبداً بشرط أن لا يسافر ولا يأخذ من الصدقةِ لا يجوز، وقال بعض أصحابنا: فيهِ قولٌ مخرج أنه يجوز لأن الشافعي، قالَ في العبدِ المشترك: إذا كاتبه أحدهما بإذن شريكه فيه قولان، لأنه شريكه، وهو قدر رضي، ومن قالَ بالأول فرقَ بأنهُ أمكنه هناك أن يكاتب كله ليكون العقد مصوناً عما ذكر وأحد الشريكين لا يمكنه أن يكاتب أكثر من نصيبهِ، فإذا قلنا: لا يجوز فأدى ما سمى عتق بالصفةِ نصفه والنصف الثاني يعتق بالسراية، ويتراجعان بنصفِ القيمةِ، وهو أن يُؤدي العبد إلى سيده نصف قيمتهِ ويسترد ما أعطاهُ وإنما قوّمنا عليه الباقي لأن نصفه عتق بسبب كان منه، ولا يجب على العبدِ قيمة نصفهِ الذي سوى العتق إليه كما لو قال: [٨١/أ] إن دخلت الدارَ فنصفك حرٌ، فدخل عتق نصفه وسَري إلى باقيه، ولا يقوم على العبد النصف الباقي، وقالَ ابن سُريح هذا إذا أدى ما سُمّي بعد أداءِ حق سيدهِ من كسبهِ، فإن أدى قبل أداءِ حق سيده منه، ففيه وجهان، أحدهما: لا يعتق كمافي الكتابةِ الصحيحةِ لاستحقاقهِ لبعضهِ بحكم الملكِ فلم يكمل به الأداءُ، والثاني: يعتق لأن في الفاسد يغلّب حكم العتق بالصفةِ، وقد وحدت الصفة وإن لم يملك كما لو قال: إن أعطيتني هذا الثوب فأنت حرٌّ فأعطاهُ وكان مغصوباً عتق.

ومن أصحابنا من قال: فيما يرجع به السيدُ على مكاتبه وجهان، أحدهما: ما ذكرنا، والثاني: يرجع بجميع قيمته لوقوع عتقه عن كتابةٍ فاسدةٍ ذكره في «الحاوي» وإذا قلنا: بالقولِ المخرج فإن هاياه السيدُ فكان يكسب يوماً ويخدم يوماً للسيد فأدى النجومَ من نصيبه عتق النصف بالكتابة والنصف بالسراية، وإن لم يكن مهايأة بل اكتسب لنفسهِ كل يومٍ ووفر على السيّد ضعفُ نجومهِ عتق أيضاً كما ذكرنا نصفَهُ بالكتابةِ ونصفه بالسرايةِ وإن لم يدفع إلا

مقدار النجوم، فهل يعتق أم لا؟ فيه وجهان على ما ذكرنا.

وهو مخير يجوز أن يهايئه ويجوزان لا بهائية بلا خلافٍ.

وإن كان الباقي مملوكاً لغيره فإن كاتبه بغير إذن شريكه لا يجوز وبه قال مالك وأبو حنيفة وجماعةٌ، وقال الحكم وعبيد الله الغبري وابن أبي ليلى والحسنُ بن صالح بن حي وأحمدَ: يجوز وهذا لا يصح لأنه إذا كان باقيه مملوكاً فالسيد لا يُمكنه من الاكتسابِ والسفر لا يدفع إليه شيءٌ [٨١/ب] من الصدقات، فلا يحصل له الأداءُ الذي هو المقصود لحصول العتق، وحكم الكتابةِ أن يكونَ عقداً لا يكون المكاتب فيه ممنوعاً من جميع وجوه الاكتساب، وإن قلنا: لا يمكنه أخذ الصدقات لأن ذلك يؤدي إلى مقاسمة الشريك فتصير نصف الزكاة إلى سيده الذي لم يكاتبه فإذا ثبتَ أنه لا يجوز فقد اشتملت على معاوضةٍ وصفةٍ وبطلت المعاوضة فتجردت الصفَةُ وللسيد إبطالها فإن أبطلها صارَ كأنه لم يكاتبه، وإن لم يبطلها حتى أدى مال الكتابةِ عتق وثبتَ بينَهُ بين السَّيِّد التراجع على ما ذكرنا وسري العتقُ إلى نصيب شريكه إن كانَ موسراً ويلزمهُ قيمته، وإن جمع الكسبَ وأداهُ إلى السَّيِّدِ الذي كاتبه، فهل يعتق بهِ وجهان على ما ذكرنا، والظاهر أنه لا يعتق لأنهُ يقتضي إعطاءُ ما يملكه وينتفع به وذلك لا يحصل بمال شريكه، وقال بعض أصحابنا *بخراسان نقل الربيع: أنه لا يعتق ونصّ في كتاب ابن أبي ليلى: أنه يعتق فحصل قولان، قال: ولذا لو قال لعبده: إن أعطيتني عبداً، فأنت حرٌ فأعطاهُ عبداً مستحقاً فهل يعتق؟ قولان، وهذا غريبٌ، فإن قلنا: لا يعتق، فالسيدُ الذي لم يكاتبه يرجع على شريكه بنصف الكسبِ الذي أخذه من العبد فإن الكسبَ مشتركٌ بينهما.

ثم إن كان مع العبدِ ما يؤدي إلى شريكه تمام ما عليهِ من كسبهِ وثبت بين المكاتب وبين سيده التراجع على ما ذكرنا في القسم قبله ويسري العتق إلى باقي العبدِ إن كان مُوسراً، ويقوم عليهِ نصيب شريكه ولا يلزم العَبد شيءٌ، لأنهُ [٨٢/أ] لم يدخل في عقد الكتابةِ على ضمانهِ.

وإن كانت الكتابة بإذن شريكه فحَصل، تصح الكتابةُ فيه قولان نقلها المزنيُّ، أحدهما يصح، وبه قال أبو حنيفة ومالكٌ لأنه منع من ذلك لحق شريكه، فإذا رضي به بإسقاطِ حقهِ وإدخال الضرر على نفسهِ يصح ونص على هذا في الإملاءِ على مسائل محمد بن الحسن.

وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: إذنه في ذلك يقتضي أن يؤدي العبد مال الكتابة من جميع كسبهِ ولا يرجع الإذنُ بشيء منه وطلَب أبو يوسف ومحمد يصير جميعه مكاتباً لأن التدبير والكتابة يسريان وهذا لا يصحُّ لأنه عقد معاوضةٍ فلا يَسري كالبيع، والثاني نص عليه

في «الأم»: أنه لا تصح الكتابةُ وهواختيار المزنيُّ لما ذكرنا من العلّةِ لأنه لا يكون ممكناً من جميع وجوه التكسب والتصرف، فإذا قلنا: أنها باطلةٌ فالحكم كما لو كاتبه بغير إذن شريكهِ سواءٌ، وإذا قلنا: تصح الكتابة فنصف العبدِ يكون مكاتباً ونصفه يكون مملوكاًللشريك، ويكون الكسبُ بينهما والنفقة عليهما، ثم ينظر فإن دفع إلى الشريكِ الذي لم يكاتب نصف الكسبِ وجميع النصف الآخر ودفعه إلى السيد الذي كاتبه عتق ولا تراجع لأنه عتق بكتابةٍ صحيحة ولكنه يسري إلى الباقي إن كان موسراً على ما ذكرنا، وإن جمع الكسبَ كله وأداهُ إلى المكاتب فهل يعتق من أصحابنا من قالَ: فيه وجهان، أو قولان كما ذكرنا في المسألةِ قبلها، وهذا خطأٌ بل لا يعتق قولاً واحداً والفَرقُ أن الكتابة ها هنا صحيحةٌ والمغلب فيها حكم المعاوضة وفي المعاوضة إذا دفع شيئاً غير مملوكٍ كان بمنزله ما لم يدفع [٨٢/ب] كما في البيع وفي المسألةِ قبلها الكتابة فاسدةٌ والمغلب حكم الصفة وقد وجدت الصفة فعتق، وقد ذكرنا أن كسبه مشتركٌ بين المكاتب وبين الشريك، فإن لم يكن مهايأةٌ لا يجوز أن يأخذ من سهمِ الصدقات وإن كان بينهما مهايأةٌ يجوز أن يأخذ من سَهمِ الصدقاتِ للرقاب في أيام نفسهِ خاصةً ذكرهُ في «الحاوي». وقالَ الصَيمريُّ: إذا جوز كتابته هل يأخذ من الزكاة قولان، وهل تجب المهايأةُ إذا طلبَ أحدُهما قالَ في «الحاوي»: فيه وجهان، أحدهما: تجب كالقسمةِ وأصلُ هذا أن النبي ﷺ قسمَ بين نسائه[1] وهذا مهايأةٌ قد أوجبها لنفسهِ وعليها، والثاني: لا تلزم لأنها لا تفضي إلى تأخير حق مُعجّل وتعجيل حق مؤخرٍ بخلافِ القسمة، وفي قسم الزوجات لا يمكن الجمع بينهن فلا بد من إفراد كل واحدةٍ بحقها فلزمت المهايأة، واحتج المزني على ما اختاره، فقال: زعم الشافعي أنه لو كانت كتابتهما فيه سواءً فعجزه أحدهما وانظرهُ الآخَرُ فسخت الكتابةُ بعد ثبوتها حتى يجتمعا على الأقامةِ عليها فالابتداءُ بذلك أولى.

ثمَّ قال: ولا يخلو إما أن تكون كتابته جائزةً كبيعه إياهُ فلا معنى لإذن شريكه أو لا يجوز فلم نجوزه بإذن من لا يملكه، وهذا اعتراضٌ على القولين وجوابُه عن الفصل الأول أن يقالَ للمزني: هذا جواب على القول الذي لا يجيز الكتابة، فأمّا على القول الذي يجيز الكتابة فلا تفسخ الكتابةُ في نصيب من أنظرَهُ، وقالَ القفالُ: من أصحابنا من سلم هذه

---

(١) أخرجه البخاري في الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب هبة المرأة لغير زوجها وعتقها إذا كان لها زوج (٢٥٩٤)، والترمذي في النكاح عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر (١١٤٠)، والنسائي في عشرة النساء، باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض (٣٩٤٣)، وأبو داود في النكاح، باب في القسم بين النساء (٢١٣٨).

المسألةَ أنه لا يجوز، لأنه بغير إذن الشريكِ، وإنما تراضيا في الابتداءِ ليكاتباهُ معاً، [٨٣/أ] فإذا اختلفا في التعجيز والإنكار حصل استبقاءُ الكتابةِ في النصفِ بغير إذنِ الشريكِ حتى لو قال للذي عجزه: رَضيتُ بأن ينظره صاحبي جاز قولاً واحداً.

وأمّا الفصل الثاني: إذا باع نصيبَهُ ترك منزلته فلا يحتاج إلى إذن الشريكِ في بيعه كما لايحتاج إلى إذنه في استبقاءِ ملكه، وأما إذا أراد أن يكاتبهُ، فالكتابةُ ضررٌ على شريكه من وجوه شتى بخلاف إعتاق نصفِهِ إذ لا يجد المكاتب بُدّاً من التغلب للتحملِ فإذا أذن فقد رضي بالتزام الضرر فجاز، فإذا تقرر هذا ذكر الشافعي في هذا الفصل أن المكاتب لا يمنع من السفَر والاكتساب، والمزني نقل هذا من «الأم»، وحكى المزني في «الجامع الكبير» عن الشافعي أنه قال في «الإملاء»، وليس للمكاتب أن يسافر بغير إذن سيده، واختلفَ أصحابنا في المسألةِ على طريقين فمنهم من قالَ: المسألةُ على اختلافِ حَالين، فالموضع الذي قال له أن يسافر إذا كانَ سَفراً قصيراً لا تقصر فيه الصلاة، فيكون ذلك بمنزلة الحضرِ، والموضع الذي قال: لا يسافر إذا كانَ السفر طويلاً لأن فيهِ تغريراً، ومن أصحابنا من قالَ: فيه قولان، أحدهما: لا يجوز له أن يسافر إلا بإذن السيدِ وبه قالَ مالكٌ: لأنه ممنوع من إتلافِ ما في يدهِ فليس له أن يغيّب المال عن سيده لأنه لا يؤمن أن يتلفَهُ من حيث لا يقف عليهِ سيده ولا يمكنهُ منعهُ منه ولأن للمرتهن منع الراهن من السفر بالمرهون فالسيدُ أولى لأن حق السيد فيما في يد [٨٣/ب] المكاتب أكثر، فإنهُ قد يعجز أو يموت فيأخذ السيد جميعه، والثاني: يجوز ذلكَ ولا يمنعه منهُ السيدُ وبه قال أبو حنيفة وأحمد حتى قال أبو حنيفة: لو شرط عليهِ سيدهُ في الكتابةِ أن لا يسافرَ سقط الشرطُ وكانَ له أن يسافر ووجهُ هذا أن المكاتب في يد نفسهِ، وإنما للسيدِ عليهِ دينٌ والدين لا يمنع السفر كالدين على الحر إذا كانَ مؤجّلاً، وقالَ المزنيّ: هذا أقيس على أصلهِ لأنه إذا كانَ على كتابته فهو مالكٌ لنفسهِ ولتصرفهِ إلى أن يعجز فليسَ له أن يمنعهُ منهُ لا سيما وفي السفرِ منفعةٌ تؤدي إلى حرّيته، قلت: وقد روي عن النبي ﷺ إن شاءَ الله أنه قال: مكتوبٌ في التوراةِ. قالَ الله تعالى: «أحدث سفراً أحدث لكَ رزقاً»[1].

مَسْألَةٌ: قالَ: ولا يجوزُ أنْ يكاتباهُ حتى يكونَا فيهِ سَواءً[2].

قال أصحابنا لم يرد بهذا أنه لا يجوز أن يكاتباهُ معاً حتى يكونا في قدر الملكِ سواءً بل يجوز أن يكاتباهُ معاً قولاً واحداً سواءً تساويا في الملكِ أو تفاضلا لأن كل عقدٍ صح مع

---

(١) ذكره القرطبي في تفسيره (٥/١٥١).

(٢) انظر الحاوي الكبير (١٨/٢٠٢).

التساوي صح في الملك مع التفاضل كالبيع، وإنما أراد به، لا يجوز أن يكاتباهُ حتى يكونا في اعتبار مال الكتابةِ بقدر الملك سواءٌ، فلا يجوز أن يكونَ العبد بينهما نصفين ويكون مال الكتابةِ بينهما ثلثاً وثلثين، ولا يجوز أن يكون العبد بينهما أثلاثاً، ويكون مال الكتابة بينهما نصفين، وإن رضيا لا يجدُ بداً من أن يدفع حق أحدهما إلى الثاني لأنه ربما يدفع إلى أحدّ السيدين مائتين، [٨٤/أ] وإلى آخر مائة ثمَّ يفسخان الكتابة فيحتاج أن يرجع السيدُ الذي حصلَ معهُ مائةٌ على الآخر بخمسينَ فيكون قد انتفع شريكه بهذه الخمسينَ مدةً بقائها بغير حق ولا سبيل إلى ذلكَ، ويفارق هذا إذا باعاهُ من نفسِهِ أحدهما بأكثر من الآخر جاز لأن ذلك لا يتعلقُ بالكسبِ والكتابة تتعلق بالكسبِ وكذلكَ إذا أجراهُ بأجرتين مختلفتين لما ذكرنا من الفَرق، وهو أنه لا يفضي إلى أن ينتفع أحدهما بملك شريكه، وههنا يؤدي إلى ذلكَ واختلفَ أصحابنا في هذه المسألةِ هل هي أصل بنفسها أم مبنيّةٌ على غيرها؟ فمنهم من قالَ: هي مبنيّةٌ على أصلٍ، وهو أن أحد الشريكين إذا كاتب بإذن شريكه هل يصح؟ فيه قولان، فإذا قلنا: يصح لم يجز ذلك، وعلى هذا يدلُّ كلامُ الشافعي، فإنه ذكرَ هذه المسألة في «الأم»، وذكر أنه لا يجوز ثم قالَ: ولو أجزتُ هذا أجزتُ أن ينفرد بكتابةٍ بحصّتهِ فثبت أنا إذا جوزنا ذلك جازت هذه الكتابةُ، وهذا لأن العقد يتعدد بتعدد العاقد فصار كما لو أفرد كل واحدٍ منهما كتابة نصيبهِ وهذا اختيار القفال، ومن أصحابنا من قالَ: هذه المسألةُ أصل بنفسها ولا تجوز هذه الكتابة بحالٍ مع التفاضل لأن المعنى الذي ذكرنا موجودٌ على القولين جميعاً وهذا اختيارُ القاضي الطبري وأجري على القياسِ وتلك الطريقة أشبهُ بكلام الشافعي، ومن أصحابنا من قال قوله حتى يكونا فيه سواءً أرادَ بهِ: تساويهما في ملكهِ، فإن تفاضلا وكان لأحدهما ثلثه وللآخر ثلثاهُ [٨٤/ ب] لم يصح لقوّة أحدهما فيصير التساوي بينهما معدوماً، ولهذا قيل: فيه سواء، يعني في العبدِ، ولو أرادَ الكتابةَ لقالَ: حتى يكونا فيها سواءً، وعلى هذا يجوز على مالٍ يتفاضلانِ فيهِ، وبه قالَ أبو حنيفة ذكره في «الحاوي»، ومن أصحابنا من قالَ: إذا كاتباهُ معاً فيه طريقان، أحدهما: هل يجوز ذلكَ فيه قولان، لأن العقد إذا اجتمع في أحدِ طرفيه عاقدانِ جرى عليهِ حكم العقدين فصار كأنَّ كل واحدٍ انفرد بهِ، وفيه قولان، والطريقة الثانية: أنه يجوز قولاً واحداً وهذا التخريج خَطأً لأنه يكمل تصرفه إذا اجتمعا ويجوز أخذه من الصدقاتِ بخلافِ ما لو كاتبه أحدهما، فقولاً واحداً يجوز.

وإذا قلنا: لا يجوز حتى يتساويان في النجم على قدر الملك لا يجوز أن يشترط أحدهما أن يحل نجمَهُ قبل نجم صَاحبهِ أو يحل لأحدهما في النجم الأولِ أكثر مما يحل للآخر أن يختلفا في جنس المال بل يجبُ أن يتساويا في جميع ذلك للمعنى الذي ذكرنا.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو كاتبناهُ جميعاً بما يجوزُ، فقالَ: قد دفعتُ إليكمَا مكاتبتِي.

الفَصْلُ

في هذا الفصل مسائل إحداها: أن يدعي أنه دفع إلى كل واحدٍ منهما من المالِ حقه وأنه عتقَ فلا يخلو حالُ الشريكين من ثلاثة أحوالٍ، إمّا أن يصدقاهُ أو يكذباهُ أو يصدقه أحدهما ويكذبه الآخر فإن صدقاه عتق لأنهما أقرّا ببراءة دمته، وإن كذباهُ فالقول قولهما لأن الأصل أن لا قبضَ فيحلفان ويكون المال لهما عليه، وإن صدقه أحدهما يعتق نصيبه بإقراره [٨٥/أ] بقبض المالِ، وأمّا المكذب فالقولُ قوله معَ يمينهِ لأن الأصل عدمُ القبض فيحلفُ ويكون حقه باقياً على المكاتب ولا تقبل شهادة شريكه عليهِ، وإن كان عدلاً لأنه يدفع بذلكَ ضرراً عن نفسهِ فإنه إذا لم يثبت أن شريكه قبض شيئاً من المالِ استحق أن يرجع عليه ويأخذ منه نصف ما دفعه إليه فهو بشهادته يسقط عن نفسه حق الرجوع فلم تقبل شهادته، فإذا ثبت هذا فإن نصف العبدِ قد عتق وهو نصيبُ المصدق ونصفه باقٍ على الكتابةِ وهو نصيبُ المكذب، والمكذبُ بالخيار إن شاءَ طلبَ المكاتب بالخمس مائة التي كاتبه عليها بكمالها وإن شاءَ رجعَ على شريكه بمائتين وخمسينَ، وعلى المكاتب مائتان وخمسون لأن الكسبَ الذي حَصل معَ الشريكِ مستحق لهما، فلا يجوز لأحدِ الشريكين أن يأخذ شيئاً منه دونَ صَاحبهِ، فإذا أخذهُ يصير ضامناً لنصيب صَاحبه منه، وإنما يعتق نصيبه بإقراره بأنهُ لا حق له عليه فيكون ذلك بمنزلة الإبراءِ، فإن اختار الرجوع على المكاتب ومطالبته بالخمس مائة، وأخذها منه، وإن اختار مطالبة كل واحدٍ منهما بما يلزمه ففعل عتق لأنه أدى جميع المالَ وَلا يستحق المكاتب أن يرجع على الشريك المصدق بشيء ولا الشريك يستحق الرجوع على المكاتب بشيء فإنه يقول: أديت ما عليَّ من مال الكتابةِ والشريك ظالم فيما يرجع عليَّ به، فإنه قد استوفى حقه، ومن أقرّ أنه مفهومٌ لا يستحق الرجوع على غيره بما ظلم به وهكذا الشريك المصدق لا يستحق الرجوع على المكاتب بشيء، فإنه يقولُ [٨٥/ب] شريكي: قد استوفى حقه من المكاتب، وَهو ظالمٌ فيما يرجعُ به عَليَّ، وإن اختار السيدُ أن يرجعُ على المكاتب بخمس مائة فطالبَهُ بها فعجز فله أن يسترقّهُ لأنه قد عجزَ عن أداءِ ما عليهِ، فإذا استرقه حصل نصفه حراً، ونصفه مملوكاً وكسبه في المستقبل بينَهُ وبين السيدِ نصفين. وأمّا الكسبُ الذي وجدَهُ في يده فنصفه يكون لسيده الذي استرقه ونصفه يتركُ عليه لأن نصفَهُ قد عتق بعقد الكتابةِ، فكان كسب ذلك النصف له كما لو عتق جميعه.

قالَ الشافعيُّ رضي الله عنه، ولا يقومُ باقي العبدِ على الشريك المصدق، والتعليلُ الصحيح فيه أن التقويم إنما يراد لحريّة العبد وتكميل أحكامهِ والعبدْ يقولُ: أنا عتقت فلا

أحتاجُ إلى التقويم، وإنما غصبني الشريك المنكر على نصفي فسقط التقويم في حقهِ لأن المغصوبَ لا يقومُ على أحدٍ، قال القاضي الطبريُّ وهذا لا يختلف فيه قولُ الشافعي ولم يحكِ أبو إسحق ولا صاحب «الإفصاح» غير هذا القول، وَذكر المزني هذه المسألةَ في «الجامع الكبير» عن الشافعي هكذا، ثم قال: وهذه المسألة الثانية، وإن ادعى أنه دفع جميع مال الكتابةِ إلى أحدهما فقالَ المدعى عليه، بل دفعه إلينا جميعاً رجع عليه شريكه بنصف ما أقرّ بقبضهِ وعتق نصيبهُ وقوم عليهِ نصيب شريكه إن كانَ موسراً، قال أبو إسحق: وإذا وجبَ تقويمه فهو على قولين أحدهما تبطل الكتابةُ في نصيبهِ ويقوّم على شريكه في الحالِ كما لو أعتق نصيبَهُ، والثاني: يكون نصيبُهُ [٨٦/أ] على كتابته فإن عجز حينئذٍ قوّم على شريكه، والفَرقُ بين هذهِ المسألةِ، والمسألةُ التي قبلها أن العبد في هذه المسألة لا يدعي حرية جميعهِ لأنه لا يعتق بدفع جميع مال الكتابة إلى أحدهما، فلهذا قوّمنا على المقرّ نصيب شريكه، وفي هذه المسألة التي قبلها ادعى دفع نصيب كل واحد منهما إليه وحرية جميعه فلم يجز تقويمه وهو يزعم أنه حر وقال القاضي الطبري من أصحابنا من قال يقوم نصيبه على شريكه وهذا له وجهٌ ولكنه خلافُ النصّ، وقالَ في «الحاوي» نصّ الشافعيُّ أنه لا يقومُ وعلل بأن العبدَ يبرئه من ذلكَ، وفي هذا التعليل نظرٌ لأن في تكميل العتق من حقوق الله تعالى ما لا يعتبَرُ فيه الإبراءِ، ولا فرقَ بين المسألتين عندي على وجهٍ يصح الفرقُ، وقالَ بعض أصحابنا ينقل جوابُ إحدى المسألتين إلى الأخرى، وهل يقوم فيهما على الشريكِ؟، فيه قولان، وقالَ بعضُ أصحابنا بخراسان قولاً واحداً يقوم فيهما لأنه حصل عتق نصيب الواحد، إمّا بإقراره أو باتفاق الكل، وله الولاءُ فيقوم عليه نصيبُ الشريكَ وهذا والذي قبلَهُ ليس بشيء، والفَرقُ ظاهرٌ، وفي هذه المسألة الثانية القول قولُ المدعى عليهِ: أنه لم يقبض الخمس مائة الأخرى لأن الأصل أنه ما قبض وإذا حلفَ برئت ذمتهُ من دعوى المكاتب عليهِ، ولا تقبل شهادةُ الشريك على الشريك الآخر لما ذكرنا والقول قول الشريك المنكر أنه ما قبض حقه، ولا يمين عليهِ لأنه لم يدع واحدٌ منهما عليهِ أنه أقبضَهُ وهو بعد إنكاره مخير بين أن يرجع على المكاتب بجميع حقه وبين أن يرجع على المقرّ بنصفه وعلى المكاتب بنصفهِ على ما ذكرنا في المسألة قبلها، ولا يرجع أحدهما على صاحبه بشيء لما ذكرنا من العلّةِ.

والمسألة الثالثة: أن يكاتب رجلانِ [٨٦/ب] عبداً لهما على ألفٍ كل على واحدٍ منهما على خمس مائةَ ثم إن المكاتب ادعى أنه أدى الألفَ إلى أحدِ السيدين على أن يأخذ منهما خمس مائةٍ، ويدفع إلى شريكه خمس مائةٍ وصدقه السيد، وقال: قبضت منك الألف وأخذت منها خمس مائةٍ، ودفعت إلى شريكي خمس مائةٍ، وأنكر الشريك ذلك، وقالَ ما

دفع إليَّ شيئاً فنصيبُ المقر يعتق بإقراره بقبض نصيبه ولا تقبل شهادته على شريكه بأنهُ دفع إليهِ حقّهُ لأنه يدفع بذلكَ ضرراً عن نفسهِ ويكون القولُ قول المنكر معَ يمينه، فإذا حلفَ يكون نصيبُهُ مكاتباً ونصيبُ شريكه قد عتق، وللسيدِ أن يطالبَ بخمس مائة على الكمالِ من شاءَ منهما فلهُ أن يطالبَ المكاتب لأنه كاتبَهُ عليها، ولم يثبت أنه دفع إليهِ وله أن يُطالب الشريك لأنهُ أقرّ بقبضها ولم يثبت أنه دفعها إلى الشريكِ، فإن رجع على المكاتب، وأخذ منه خمس مائة كان للمكاتب أن يرجع على السيد، فيأخذ منه الخمس مائة التي دفعها إليهِ سواءٌ صدقه في أنه دفعها إلى شريكهِ أو كذبه لأنه إن كذبه فهو يقولُ: ما دفعت، ما قبضت وإن صدقهُ، فهو يقولُ: أنت منوطٌ كأنه كانَ من سبيلكَ أن تدفع دفعاً يبرئني وهو بالشهادةِ، وإن رجع على شريكه، فأخذ منه خمس مائةٍ لم يكن للشريك أن يرجع على المكاتب لأنه يقولُ: هو ظالم فيما يرجع به، فلا يستحق الرجوع بما ظلم به فإذا حصل للشريك الخمس مائة، إما من [٨٧/أ] المكاتب، أو من شريكه عتق العبدُ كلّه، وإن تعذّر ذلكَ فإن اختار الرجوع على المكاتب فعجز عن الأداءِ، وهذا بعيدٌ فإنه إذا رجع على المكاتب فيمكن للمكاتب مطالبة شريكه وأخذ خمس مائة منه فلا يتعذّر عليه الأداء، اللهم إلا أن لا يختار الرجوع على شريكه الذي هو سيده ويختار التعجيز، فلا يجبرُ على الرجوع عليهِ ومطالبته لأن ذلك بمنزلة الاكتساب، فلا يجبرُ عليه المكاتب، فإذا تعذّر حصول المال من المكاتب فالسيدُ يعجزه ويسترقه فإذا فعلَ ذلكَ عادَ نصفه رقيقاً ويقوم على الشريك المقرّ بالقبض لأنه عتق بسبب كانَ منه وهو الكتابةُ، فإذا قوم لزمَهُ نصف قيمته ويرجع عليه الشريك المكذب بخمس مائة لأنه لما استرق العبد استحق نصفه ونصف كسبهِ، وهو الخمس مائة التي هي كسبه للنصف الذي استرقه فاستحق أخذها فيصير المقرّ بحد التعجيز غارماً لكتابةِ الحصةِ، وهي خمس مائةٍ ولقيمتها ولو دفع ذلك قبل التعجيز لم يلزم إلا مال الكتابةِ وحدها دون القيمةِ وإن حصلَ الأداءُ من جهة المكاتب وعتق باقيه يرجع على سيده المقرّ بالقبض الخمس مائة التي قبضها منه لأنه عتق بكتابةٍ صحيحةٍ، وقال القاضي الطبريُّ: هذا التقويم على المقرّ إذا لم يصدق سيده في دفع خمس مائة إلى شريكه وإن كانَ قد صدقه لم يقوم لأنهُ يعترف بأنه حرٌ وإن أحكامه قد كملت.

مَسْألَةٌ: قالَ: ولو أذنَ أحدهُمَا لشريكِهِ أنْ يقبضَ نصيبَهُ فقبضَهُ ثُمَّ عجزَ.

الفَصْلُ

جملةُ هذا أن الرجلين إذا كاتبا عبداً لهما على ألفِ درهم فلا يجوز للمكاتب [٨٧/ب] أن يفضّل أحدهما على الآخر فيما يدفعهُ، وَلا أن يقدّم أحدَهما على صاحبه، بل يدفع

إليهما شيئاً واحداً على السواءِ في وقتٍ واحدٍ، فإن أذن أحدهما للمكاتب أن يدفع ما حصل له من الكسبِ إلى شريكه ويقدمه عليه فَهل يصح هذا الإذن؟، ويصح قبض الشريك لما يأخذه فقولان منصوصان، أحدهما: لا يصح لأن السيد لا يملك ما في يد المكاتب حتى يقبضهُ فإذنه فيما لا يملكه لا حكم له ونعني به أنه لا يملكه ملكاً كاملاً فإنه مال مكاتبه وعتقه معلق به، وَهذا قولُ أبي حنيفة واختاره المزني، فقال: هذا أشبه بقوله: أداء المكاتب عبدٌ ما بقي عليه درهم وما في يده موقوفٌ ما بقي عليه درهم، فليس معناه فيما أذن له بقبضه إلا بمعنى استغنى بوزن النصف حتى استوفى فليس يستحق بالسَّبق ما ليس له كأنه وزن لأحدهما قبل الآخر وصورة هذه المسألة التي استشهد بها المزني: أن يأتي المكاتب بالمالِ ليعطيهما حقهما فيقول أحدهما لصَاحبِهِ اسبقني بوزن نصيبك فسبقه ووزن لأحدهما نصيبه بإذن شريكه لم يعتق نصيبه حتى يزن للآخر مثله قولاً واحداً حتى لو تلف الباقي قبل أن يسلمه إلى الشريك الآخر كانَ له أن يرجع على القابض بنصف ما قبضه.

والقولُ الثاني: يصح ويحكى ذلك عن قولِ أبي حنيفة وعلى هذا يعتق نصيبَهُ بقبضِ قسطه ووجهُ هذا أنّا إنما منعناهُ من الانفرادِ ببعضهِ لحق شريكهِ، فإذا رضي بتقدمه عليه جاز ومن قالَ بهذا أجابَ عما ذكر المزنيُّ بأن في هذه المسألةِ التي استشهد بها لم يرض بحقيقة السبقِ لكن إذا أرادَ أن يوفيهما حقهما منفردين لم يمكنه إلا هذا فهما في الحقيقة قابضان معاً، وههنا قد تطاول [٨٨/أ] زمان السَّبق، وخرج عن عادةِ إيفائهما معاً، فوجب أن يتم حكم القبض المتقدم بعتق ذلكَ النصف، وقال القفالُ: من أصحابنا من بنى القولين على جواز كتابةِ أحد الشريكين بإذن صاحبهِ لأن في كل واحدٍ من الموضعين يؤدي الأمر إلى كتابة يكون في أحدِ النصفين، ومنهم من قالَ: بل ينبني هذا على أن تبرعات المكاتب هل تجوز بإذن السيدِ لأن هذا التعجيل والتخصيصَ تبرع لأحدهما، فإذا قلنا: لا يصح التعجيل فللشريك الرجوع بمثل ما يعجله شريكه، فإن كانَ مع المكاتب مثله فدفعه إليه استقر التعجيل الأول وعتق كله وإن لم يكن بيده غير ما عجله كانَ للإذن الرجوع على المتعجل بنصف ما في يدهِ، فإذا رجع لم يعتق شيءٌ منه، وإن قلنا: يصح التعجيل، وهو الأصح عتق نصيبه. قال أبو إسحق: فإن كانَ معهُ وفاء بنصيب الآخر أداهُ وعتق عليهما، فإن لم يكن معَهُ وفاء به فلا يختلف المذهب أنه يقوم على شريكه، وقال في «الحاوي»: هل يقوم على شريكه فيه قولان، أحدهما: يقوم في الحال، والكتابة تنفسخ في نصيب شريكه في الحالِ، ويقوم عليه أختار الشريك تعجيزَهُ، أو لم يختر لأنه إذا تعلق العتق بسببينِ روعي أعجلهما، والقول الثاني: قاله في «الإملاءِ» على كتاب مالكٍ لا تنفسخ الكتابة في الحالِ فإن أدى المكاتب حصة الشريكِ الآخر عتق وكان الولاءُ بينهما، وإن عجز قوّم نصيبه على الشريكِ القابض

نصيبه إن كانَ موسراً وإن كانَ معسراً فقد عتق نصفه ورق نصفه. قال المزني: قد قال: لو أعتقه أحدهما قوم عليه الباقي إن كان موسراً وعتق كله ولم يؤخّر التقويم إلى حالة العجز وإلا كانَ الباقي مكاتباً، ولذلك لو أبرأهُ، [٨٨/ب] فهو كإعتاقه إياهُ، قال المزنيُّ: هذا أشبَهُ بقوله: يعني أن تعجيل التقويم في الحالِ أولى بأصلهِ لهذه المسألةِ، قلنا: هذا على أحد القولين، فأمّا على القول الآخر، فلا يقوم في الحال حتى يعجز في المسألةِ التي أوردَها المزنيُّ أيضاً، على ما تقدم بيانه فإذا قلنا: تقوم في الحال، فإن جميع ما في يد العبد يكون للشريك لأن التقويم يفسخ الكتابة، والشريك قد استوفى نصيبَهُ، فيكون ما بقي له وهذا إذا كانَ هذا الذي بقي مثل ما يعجِلهُ، فإن كان أكثر من المعجل كانت الزيادةُ بين الشريكِ الإذن بحق رقه وبين المكاتب بحق عتقه، وإذا قلنا: يقوم إذاعجز فإن كل ما يكسبه إلى أن عتق نصفه، فهو لسيده الذي لم يقبض نصيبَهُ وما كسبَ بعدَهُ إلى أن قوّم يكون بينه وبين السيد الذي لم يقبض نصيبَهُ نصفين لأنه كسبَهُ بنصفهِ الحر ونصفه المكاتب، وقال في الكتاب في أثناءِ الفصول فإن ماتَ بعدَ العجز فما في يديه بينهما نصفان يرث أحدهما بقدر الحرية وهذا على أحد القولين والآخر بقدر العبودية وتسميته الآخر وارثاً عبارة مجازٍ وقد ذكرنا هذا في كتاب الفرائض. وهذا إذا استعجل ما عتق نصيبُه به فأما إذا استعجل نصيبَهُ من النجم الأول بإذن الشريكِ ففيه القولان في صحةِ الإذن وإذا قبض هل يخلص له أم يشاركه فيهِ صاحبه؟ كما ذكرنا فإن قلنا: صح الإذن أدى العبد مثل ذلكَ إلى الآخر، فإن لم يبق عنده مالٌ، وعجز فلا شكَّ أن عليهِ أن يناصف صاحبَهُ ما قبض لأنه كسبُ عبدهما، فلا يخلص له بأن يقول له شريكه: أذنتُ لكَ في أخذه بل يناصفه ويأخذ [٨٩/أ] مثل ما أخذتم الباقي بينهما واختار ابن سُريج أنه لا يأخذه مثل ما أخذ لأنه يقول: لما أذنتَ لي في الأخذ رضيتُ بوقوع حقك في ذمتهِ ثم لما عاد رقيقاً سقط دينكَ عن ذمته بالتعجيز.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو ماتَ سيدُ المكاتبِ فأبرأهُ بعضُ الورثةِ مِن حصتهِ عتقَ نصيبُهُ.

قد ذكرنا هذه المسألة، وقال: ههنا ولاءُهُ للذي كاتبه يعني الميت لأن العقد له، ولا أقوّمُ عليه، والولاءُ لغيره، وهذا أحد القولين اللذين ذكرناهما فيما تقدّم، ثم قال: وأعتقه عليهِ بسبب رقهِ فيهِ لأنه لو لم يكن فيه رق فعجز لمن يكن له. وهذا اللفظ لإيجازه مشكل، وهو جوابُ سُؤالٍ لا يصح إلا بذكر السؤالِ كأنه يقول: إن قال قائلٌ: إذا لم يقوّم على هذا الوارث الذي قد أعتق نصيبَهُ بالإبراءِ، فلم أعتقت بقوله ذلكَ النصيب؟ وإذا نفذ العتق فيه بقوله: وجبَ التقويمُ عليهِ، قلنا: إنما يعتق عليهِ ذلكَ النصيب بسبب رقهِ فيه، لأنه لو لم يكن فيه رقٌ لم يكن له إذا عجز ومعلوم أنه إذا عجز كان ذلك النصف له، فإذا لم يعجز فالولاءُ لمن كاتبَهُ، وإذا كانَ الولاءُ لغير هذا الوارث المعتق أو المبرىء لم يجز التقويم

عليهِ. وحكى المزنيُّ في موضعِ آخر هذين القولين في أصل التقويم على هذا الوارث، وقال في موضعِ فيها قولان، أحدُهما: لا يقومُ عليهِ، والثاني: يقومُ عليهِ إذا عجز وكان له ولاؤُهُ كله لأن الكتابة الأولى بَطلت، وأعتق هذا ملكه. وقالَ الإمام أبو محمد الجويني: ههنا نكتةٌ وذلك أنه إذا أعتق أحد الوارثين نصيبه من المكاتب [٨٩/ب] الموروث. وقلنا: بالتقويم وانتظرنا العجز فعجز النصف الثاني فقومناهُ، قد ذكرنا أن الكتابةَ انتقضت في النصف المقوم بالعجز فأمّا النصف الأول الذي أعتقَهُ الوارث فهل يحكم الآن بإبطال الكتابةِ؟ فيه اختلاف أصحابنا فيه فمنهم من لم يُبطل الكتابة فيه، وعليهِ الأكثرون، ومنهم من أبطل الكتابة فيهِ وعلل، فقال: العقد عقد واحدٌ فإذا انفسخ بعضُهُ في الانتهاءِ انفسخ جميعُه وكنت استضعفتُ هذا الوجه حتى دلّ النص عليهِ في هذا الموضع حيثُ حكى المزنيُّ القولين في أصلِ التقويم، وقالَ في القول الثاني لأن الكتابة الأولى بطلت وأعتق هذا ملكه فوجدناهُ قولاً منصوصاً، وقالَ القاضي الطبريُّ معناهُ ولاءُ هذا النصف له لا الكتابة إنما بطلت فيه دون نصيب المبرىء، قال المزني: الأولُ أشبَهُ بمعناهُ يعني أن لا يقوم عليهِ، واحتج بأنهُ زعمَ أنه إذا أبرأهُ من قدر حقهِ من مال الكتابة عتق نصيبه، بمعنى عقد الأبِ فلم يجز أن يزيل ما ثبت يعني إذا ثبتَ أن العقد حَصل على عقد الأب لم يجز أن يقومَ عليه هذا الوارث ثم قالَ المزني: وإذا زعم أنه إن عجز فقد بَطلت الكتابَةُ الأولى فينبغي أن يبطل عتق النصيب بالإبراءِ من قدر النصيب لأن الأبَ لم يعتقه إلا بأداءِ الجميع فكأن الأبُ أبرأ من بعضِ مال الكتابة، فلا عتق بإبرائه من بعض مال الكتابةِ، قلنا: قال أصحابنا لم يرد الشافعي بقوله: بطلت الكتابةُ في الجميع وإنما أرادَ في النصيب الذي يقوم على الابنِ فلم يحب ردّ العتق، وقال الجويني: رحمه الله اعترض المزني بهذا [٩٠/أ] على القول الذي استضعفناهُ ووجدناهُ نصاً، فقالَ: إذا حكمنا في الانتهاءِ بإبطالِ جميع الكتابةِ وجب أن يبطلَ عتق النصف الأول الذي أعتقناهُ بلفظِ الإبراءِ ويكون كالسيدِ لوأبرأهُ من بعض مالِ الكتابةِ.

والجَوابُ: أن الوارث يومئذٍ كان كالسيد إذا أبرأهُ عن جميع مال الكتابةِ لأن الوارث أبرأ عن جميع حصتهِ فلهذا حكم بعتق ذلكَ النصف، فإذا حكمنا اليومَ بإبطال الكتابة فكيف يلزمنا أن نعترض على ذلك العتق؟ قال: ويحتمل أن يكونَ جميع كلام المزني من قوله: الأولِ أشبه بمعناهُ إلى آخر الباب اعتراضاً واحداً على هذا القول الذي نصرناهُ وأجبنا عنه المزني رحمَهُ الله، والله أعلم.

بابُ وَلدِ المكاتبةِ

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وولدُ المكاتبةِ موقوفٌ.

الفَصْلُ

جملةُ هذا أنه إذا كاتَب أمةً فأتت بولدٍ لا يخلو إمّا أن تأتي به من السيدِ، أو من غيره فإن أتت بهِ من السيدِ انعقد حراً وتصير له أم ولدٍ لأن له فيها ملكاً، وإن كانَ ضعيفاً، وتكون الكتابةُ باقيةً فيها، لأنه عتق بصفةٍ، فلا ينافيها الاستيلاد كما لو قالَ: إن دخلتِ الدار فأنت حرّةٌ ثم استولدها تكون أم ولده ومعتقتهُ بصفةٍ، فإن أدى مال الكتابة عتقت وبطل حكم الاستيلاد وإن عجزت بطلت الكتابة ويكون الاستيلاد باقياً فيها فتعتق بموت السيد وإن مات السيد قبل الأداءِ عتقت بموتهِ وبطلت الكتابة وإن أتت بولدٍ من غير السيدِ، إمّا من زوج، وإمّا من زنا يكون مملوكاً لأن الأم مملوكة، [٩٠/ب]. وَلا يصير مكاتباً لأن الكتابة عقدُ معاوضةٍ يفتقر إلى إيجاب وقبول ورضىً فلا يلزمُ حكمه إلا لمن عقد معَهُ ويفارق ولد المدبرة يتبعها في التدبير في أحدِالقولين لأن التدبير يحصل بقبول السيدِ وحده ومن الفرقِ أن المكاتبة متى عجزت أو ماتت بطلت الكتابة وكانَ ولدها رقيقاً، وإذا مات المدبر قبل موت سيده يبطل تدبيره ولم يبطل في ولده فثبت أن الولدَ دخل في التدبير، ولم يدخل في الكتابةِ، فإن قيل: ولد المبيعة يدخل في حكم المبيع، وإن كانَ المبيع يفتقر إلى الإيجاب والقبولِ، قلنا: لا يدخل في البيع وإنما يتبع في الملكِ لأن المبيعة صارت ملكاً للمشتري وههنا الملك للمكاتب فلو تبع تبع في العقدِ دون الملكِ، وقالَ أبو حنيفة يسري إلى الولدِ لأنها سببٌ ثابتٌ للعتق فسرى إلى الولدِ كالاستيلاد، وهذا خطأٌ لما ذكرناهُ.

فإذا ثبت أنه لا يدخلُ في الكتابةِ فما حكمه؟ فيه قولان، أحدهما: أنه مملوكٌ للسيدِ لأنه عقد يلحقه الفسخ فلا يثبت حكمه في الولد كالرهنِ، والثاني: أنه موقوفٌ على حكم الأم، فإن رقت رق الولد، وإن عتقت عتق الولدُ، قال الشافعي رضي الله عنه. وهذا القولُ أحب إليّ، وقال أبو إسحق: إذا اختار الشافعي هذا القول وجبَ أن يكون القول الآخر ساقطاً ووجهُ هذا القول أن الولد يتبع الأم في سبب الحريّةِ كما يتبعها في الحرية كولدِ أم الولدِ، ولأن الولد من كسبها فيقف على عتقها كمالها، فإذا قلنا: الولد يكون مملوكاً للسيدِ فله أن يتصرّف فيه كيف شاءَ، ولو قيل: كانت قيمتُهُ لهُ، وإذا قلنا: إنه موقوفٌ فالكلام على هذا القول [٩١/أ] في خمسةِ أحكامٍ، أحدها: في الجنايةِ عليه، والثاني: في نفقته، والثالث: في كسبهِ، والرابعُ: في عتقهِ، والخامسُ: في وطئها إذا كانت ثيباً.

فأمّا في الجناية عليهِ، فضربان جنايةٌ على نفسهِ وجناية على طرفه فإن كانت الجناية على نفسهِ وكانت خطأً يوجب المال فعليه قيمته لأنه مملوكٌ، فيضمن بالقيمةِ ولمن تكون القيمةُ فيه قولان، أحدهما: أنها للسيّدِ، وهو اختيار الشافعي رضي الله عنه لأنه تابعٌ لأمه، والأم لو قتلت كانت قيمتها للسيّد فكذلك قيمةُ الولدِ للسيد وعلل أبو إسحق فقال: لأن

الولدَ لم يجز عليه العتق، ولا هو ملك الأم، وإنما هو ملك لسيده، وإنما وقف على الحرية والرق، فإذا قتل فقيمته للسيّد.

وأيضاً لوأعتق السيدُ الولد عتق فلو كانَ كسباً لأمه تستعين به في كتابتها لما جاز أن يعتقه السيّدُ لأنه يتلف على الأم بعتقه كسبه، قال أبو إسحق: ويخالف هذا ولد المكاتب الذي أوصى له به فقبله أو وطيء جاريته في حال كتابته فولدت منه، فإنه يملك ولده ويصير موقوفاً من أجل ملكه إياهُ، ولو كان يجري عليهِ رقٌّ على الدَّوامِ لكان يستديم لملكه كسائر عَبيده ولكن لا يستقر له ملكه على ولده فيعتق عليه إذا كان حراً ويصير موقوفاً على حريته إذا كانَ مكاتباً، فإذاكان كذلكَ يكون السيدُ ممنوعاً من ولده، ولا ينفذ فيهِ عتقه فلما نفذ دل على ما قلنا، والقول الثاني: أن قيمته للمكاتبة تستعين بها في مال الكتابة لأن المقصد من الكتابة طلبُ حضها، وهذا [٩١/ب] من حضها ولأن السيد لا يملك التصرف فيه مع كونه قناً فلا يستحق قيمته، وإذا لم يستحقها السيدُ كانت لأمهِ لأنه لا فائدة في إيقافِ القيمة بخلاف الولدِ لأنه يوقف ليعتق، وإذا كانت الجناية عليهِ عمداً فإن جعلنا قيمته في الخطأ للسيدِ، فالقود في العمدِ مردود إلى خيار السيدِ، فإن اقتص أو عفا فلا اعتراض للأم عليهِ وإن جعلنا قيمته للأم، فإن اقتضت كان لها ولم يكن للسيد معها وإن عفت إلى المال كان لها وإن عفت عنهما، ففي صحةِ عفوها قولان، فإن قلنا: موجب العمد القصاص وحده يجوز ذلكَ أذن السيدُ أو لا لأنه لا حق للسيدِ في القصاصِ والمال لا يجب إلا باختيار الأم وليسَ للسيد أن يجبرها على تملكه، وإن قلنا: موجب العمد أحد الأمرين. أمّا القصاص أو المال لا يجوز ذلك لأن فيه إتلاف المال، وهل يجوز بإذن السيدِ قولان كالهبةِ.

وإذا كانت الجناية على الطرف فإن كانت خطأً توجب المال ففيه ثلاثه أقوالٍ، أحدها: الأرش للسيد لأنه ملكه، والثاني: الأرش للأم لأن الولد تابعٌ لها، والثالث: أنه موقوفٌ على الولدِ، فإن عتق بعتق الأم كان الأرش له وإن رق برقها كان للسيدِ وإن كانت عمداً، فإن قلنا: الأرش للسيدِ كان القود في طرفهِ مستحقاً للسيدِ وإن جعلناه للأمِ كان القود في طرفه مستحقاً للسيد، وإن جعلناه موقوفاً على عتق الولدِ ورقهِ، فلا حق للأم في القود، وهو موقوفٌ بين الولدِ والسيدِ فإن اجتمعا عليهِ جاز أن يستوفياهُ وإن تفرد بهِ أحدهما، لم يجز لأنه إن تفرد به الولدُ جاز أن يكون للسيّد [٩٢/أ] أن يرق، وإن تفرّد بهِ السيدُ جاز أن يكون للولد إن عتق فلذلك منع أحدهما من التفرد حتى يجتمعا، أو يستقر أمر الولد على عتق فيكون القود له أو على رقٍّ فيكون لسيده، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا قلنا: ولد المكاتبة يتبعها في الحرية فحق الملك للسيد في الولد أو للمكاتبة قولان، وفائدةُ هذا أنه لو جني على طرفِ الولد فالأرش لمن يكون؟ فإن قلنا: للسيد حق الملك فيه، فالأرش

موقوف، فإن عتق الولد فذلك له وإن رق برق الأم كان للسيد، وإن قلنا: حق الملك للمكاتبة فالأرش للمكاتبة تستعين به في كتابتها وإن قتل، فإن قلنا: حق الملك للسيّد فأولى أن تكون القيمة له، وإن قلنا: حق الملك للأم، ففيه وجهان أحدهما: للأم، والثاني: للسيد أيضاً لأن حكمه إذا مات مات رقيقاً وما تقدم أصح على ما فسره في «الأم».

وأمّا الكلام في كسبِهِ فلن يكون فيهِ طريقان، أحدهما: فيه ثلاثة أقوال أحدُها: للسيد، والثاني: للأم، والثالث: موقوفٌ، والطريق الثاني فيه قولان: أحدهما: للأم، والثاني موقوفٌ وفيه قولٌ ثالث مخرجٌ أنه للسيِّدِ، وهو مخرج من كون القيمة للسيد وهذا ليسَ بشيء، والقولان منصوصان. وقالَ أبو إسحق ما دامَ الولد حياً لا تأخذ الأم كسبه وما في يده ويكون موقوفاً لا يختلفُ فيه قولُ الشافعي رضي الله عنه وزعم بعض أصحابنا: أنه في حياته قولان، أحدهما: وهم، والثاني: موقوف ولا نص فيه للشافعي نعلمه، قال الشافعيُّ: والأولُ: أشبههما يعني أنهُ موقوفٌ، [٩٢/ب] وإذا ماتَ يكون للسيِّدِ، وقال المزني، بل الآخر أشبَهُهما إذا كانوا يعتقون بعتقها، فهي أولى بها ومما يدلُّ على ذلك قولهُ، ولو وطىءَ ابنُه مكاتبتَهُ أو أمَتَهُ كان عليهِ مهر مثلها وهذا يقتضي ما وصفتُ من معنى ولدها، قال أبو إسحق: هذا ليس بإلزام صحيح لأن في حياةِ الولدِ لا يختلفُ قوله في الكسبِ أنه موقوفٌ ولا تأخذه الأمُّ، وإنما اختلفَ قوله بعد موتِ الولدِ، وقال غيره من أصحابنا: فيه قولان، وإن كانَ حياً على ما ذكرنا ولا فَرق بين المهر والكسبِ، فسقط السؤال هذا في مهر ابنتها، فأمَّا في مهر أمتها يكون لها لا يختلفُ القول فيه، وقيل: يُقال للمزني: كيف يقال القول الآخر أشبههما، وعلة القول الأول أظهر، وهي قوله لأن المكاتبة لا تملك ولدها.

وأمَّا إيجابُ مهر المثل في وطىء ابنه المكاتبة وأمتها فللحيلولة ورجاء العتقِ، ألا ترى أنها إذا لم تعتق كانَ ذلكَ المهرُ للسيدِ، فإذا قلنا: الكسبُ للمكاتبةِ، فإنها تأخذه يوماً بيوم وتستعين به في مالِ الكتابةِ، وإذا قلنا للسيدِ يأخذه يوماً بيوم ويتصرف فيه، وإذا قلنا: إنه موقوف فإنه يجمع ثم ينظر فإن عجزت الأم واسترق الولد دفع الكسبُ إلى السيدِ، وإن عتقت وعتقَ الولدُ دفع الكسبُ إلى الولدِ، وإن أشرفت المكاتبة على العجزِ، فإن لم يكن في كسب الولدِ وفاء لأداءِ مال الكتابة لا يدفع إليها لأنها لا تستفيدُ به وإن كانَ فيه وفاءٌ بمال الكتابةِ فهل يدفع إليها لتستعين بهِ في مال الكتابةِ وتعتق، فيه قولان: أحدهما: لا يدفع إليها لأنها غيرُ [٩٣/أ] مستحقة له على هذا القولِ، وكانَ موقوفاً بين الولدِ والسيدِ فلم يكن كلام فيه حقٌّ، والثاني: يدفع إليها لأنه وقف طلباً لحظ الولد إن عتق فإذا أخذته الأم فعتق بعتقها كانَ أحط للولدِ من أن يأخذ السيّدُ فيرق، ولو مات هذا الولد وكسبُه موقوفٌ، ففيه قولان بناءً على قيمته لو قتل أحدهما لها والثاني لسيده، وأما الكلامُ في نفقته فإن كان مَكتسباً ففي

كسبِهِ وإن لم يكن مكتسباً، فإن قلنا: كسبه للأم فالنفقة عليها، وإن قلنا: كسبُه للسيدِ فنفقته عليهِ وإن قلنا: موقوف، ففيه وجهان: أحدهما على سيده لأنه على ملكه، والثاني في بيت المالِ من سهم المصالح لأنه محتاجٌ، وليس له من ينفق عليهِ لأن السيد لا يملكه والأم لا تستفيد بالإنفاق عليهِ.

وأمّا الكلامُ في عتقه فإن قلنا: كسبه له أو هو موقوفٌ، والمكاتبة إذاأشرفت على العجز لم يدفع إليها ينفذ عتقه لأنه تعجيل الحرية من غير أن يكونَ على المكاتبة فيه ضرر، وإن قلنا: كسبه للمكاتبة أو قلنا: موقوف ولكن أشرفت المكاتبة على العجز دفع إليها لم ينفذ عتقه لأن في هذا إضراراً بالمكاتبةِ وتعطيلاً للكسب عليها.

وقال أبو إسحق: يعتق الولدُ قولاً واحداً. وذكره الشافعي في «الأم»، ومن أصحابنا من قالَ: لا ينفذ عتقه فيه. إذا قلنا: ما في يد الولد للأمِ، وليس بصحيح وهذه الطريقة أصح، وقال في «الحاوي»: إن قلنا: كسبهُ للأمِ لا ينفذ عتقه، وإن قلنا: كسبُه للسيدِ نفذ عتقه فيه، وإن قلنا: موقوفٌ، ففيه وجهان مخرجان من القولين في عجز الأم هل تتمم كتابتها بكسبهِ، [٩٣/ب] فإن قلنا: تتمم لم ينفذ عتقهُ، وإن قلنا: لا تتمم، نفذ فيه عتقه وهكذا لو كاتبه السيدُ، فهو مبني على نفوذِ عتقهِ فإن قلنا: يصح عتق بأسبق الأمرين من أدائه وأداءِ أمهِ لأنه إذا عتق بانفرادِ كل واحدٍ منهما وجب أن يتحرر عتقه إذا اجتمعا بوجودِ أسبقهما فإن سبق أداؤه عتق عن كتابته، وإذا سبق أداءُ الأم عتق بأداءِ الأمِ تبعاً وبطلت كتابته بعتقه.

وأمَّا الكلام في وطئها إذا كانت ثيباً، فإن قلنا: إنها مملوكة له؛ حل له وطئها، وإن قلنا: موقوفةٌ على الأم لحل ذلكَ لأنه لا يملكها ملكاً تاماً فإن وطىءَ فلا حدّ لأن له فيها شبهةُ الملكِ وفي المهر ثلاثة أقوالٍ بناءً على الكسب أحدها: لا مهرَ إذا قلنا: الكسبُ للسيّد، والثاني: يلزمُ المهر للأمِ، إذا قلنا: الكسبُ لها، والثالث: أنه موقوفٌ كالكسب، فإن قلنا: بالوقفِ ففي كيفيّة وقفه وجهان: أحدهما: يوقفُ بعد قبضهِ من السيّدِ، والثاني: يوقف في ذمةِ السيّدِ وعلى حال يحرم الوطىء، فإن أحبلها انعقد الولد حراً لشبهةِ الملكِ وتصير الجاريةُ أمّ ولده لأنها علقت بحرٍ في ملكٍ وإن كان ضعيفاً، ولا يلزمه قيمتها لأن القيمة إنما تجب لمن يملكها، والمكاتبة لا تملك ابنتها ولا يلزمه قيمة الولد أيضاً لأنها وضعته، وهي أم ولدٍ لهُ، هكذا قال جميع أصحابنا المتقدمين، وقالَ بعض المتأخرين من أصحابنا: هل يلزم قيمتها؟ ينبغي أن يكون فيه قولان كما إذا قلت ففي قيمتها قولان: أحدهما أنه لهُ، والثاني: أنها لأمها تستعين به على كتابتها [٩٤/أ].

فَرْعٌ

كيف الحكمُ في ولدِ ولدها؟، قالَ الشافعي رضي الله عنه: ولد البنات كالبناتِ وولد البنين كالأمهات وأراد به أن ولد الابن يكون حكمها حكم أمهِ دون ابنهِ لأن ولد البنتِ تبع لها في الرقِ ووَلدُ الابن تبع لأمهِ في الحريةِ والرقّ فصار ولد البناتِ كالبناتِ وولد البنين كالأمهاتِ. وقال أبو يوسف ومحمد: ولد البنتِ يكون داخلاً في كتابة جدتهِ، كأمه وهذا نحو ما ذكره الشافعي، وقال أبو حنيفة: يدخلُ في كتابة أمهِ دون جدته واحتج بأن الحقوق التي تسري إنما تسري مع الاتصالِ، فأمّا الولد المنفصل فلا يسري إليه وهذا الولد اتصل بأمهِ دون جدته، وهذه لا يصحُّ لأن الولد من كسب أمهِ والأمُّ ههنا تابعة للمكاتبة فكذلكَ ولدها كسائر كسبها، ونحن نقولُ بالسرايةِ على ما ذكرنا فيما تقدم فلا يلزمنا ما ذكروا.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وهوَ ممنوعٌ مِن وطيءِ مكاتبتهِ.

إعلم أنه إذا كاتب أمتهُ فليسَ له أن يطأها لأن الوطيء إنما يستباح في زوجته أو ملكٍ تام وليسَ ههنا واحد منهما، فإن وطئها فلا حدّ وبه قالَ جماعةُ العلماءِ. وحكي عن الحسنِ البصري أنه قالَ: يجب عليهِ الحدُّ لأنه عقد عليها عقد معاوضةٍ كما لو باعها وهذا لا يصحُّ لأن له فيها ملكاً وإن كان ضعيفاً بدليل أنه لو أعتقها نفذ عتقه، ولو زوج ابنتَهُ من مكاتبه ثم مات وورثته البنتُ انفسخ نكاحها، لأنها ملكت جزءاً من زوجها فصار ذلكَ شبهة في سقوط الحدِّ ولو شرط [٩٤/ب] في عقد الكتابةِ عليها أن يطأها كانَ الشرطُ والعقد باطلين وحكي عن مالك أنه قالَ: يصح العقدُ ويَبطل الشرطُ، وقالَ أحمدُ: يصح العقدُ والشرطُ لأنه شَرط عليه منفعتها فوجبَ أن يصح كما لو شرط الاستخدام، ودليلُنا أنه لا يملك وطئها مع الإطلاقِ للعقدِ فلا يملكه بالشرطِ كما لو زوجها واشترط لنفسه الوطيء، ويفارق الاستخدام لأنه يجوز أن يملك بما لا يملكُ بهِ الوطيء من الإعارة والإباحة، والدليل على بطلانِ قول مالكٍ أن الشرط الفاسد يوجب فساد العقد كما لو شرط في الكتابة عوضاً فاسداً، فإذا ثبت هذا فإن كانا عالمين بتحريم الوطيء عزراً وإن كانا جاهلين لم يعزرا، وإن كان أحدهما جاهلاً والآخر عالماً لما عزر العالم دون الجاهلِ.

وأمّا المهر، فنقل المزنيُّ عن الشافعي أنه قال: إن أكرهها فلها مهر مثلها، قالَ أبو إسحق: ظاهرُ هذا أنه إذا وطئها طائعةً لا مهر لها ولا نعلم أنّ الشافعي قال ذلك بل نص أن لها مهر مثلها طائعةً وطئها أو كارهة لأنه لا حدّ في هذا الوطيء فهو كما لو وطيء طائعة بنكاح فاسدٍ فلها المهر، لأنه لا حدّ عليها وهذا هو الصحيحُ، وإنما يختلف الإكراهُ وغيره في المواضعِ الذي لو لم يكرهها لكان عليها الحدّ، ومن أصحابنا من قال: ما حكاهُ المزني

غير مخالفٍ لما ذكر في «الأم»، وإنما حكىٰ المزنيُّ أن عليه المهر إذا أكرهها، ولم يتعرض لذكره إذا طاوعته وأوجب في «الأم» في الحالتين فلم يكن بينهما اختلافٌ، فمن أصحابنا من قالَ: ما حَكاهُ المزني إن عرف للشافعيّ [٩٥/أ] فلهُ وجهٌ وذلكَ أنها إذا طاوعت فقد أباحت نفسها من غير عوض فلا مهر وهي مفارقةٌ للمنكوحة نكاحاً فاسداً لأن المنكوحة لا تمكن إلا على أن لها المهرَ وليس بين المكاتبة والسيد عقدٌ يوجب المهرَ لا صحيح ولا فاسدٍ فإذا أباحت نفسها بلا عوضٍ مع علمها بهِ لم يجب لها العوضُ، قال أبو إسحق: قد قيل: هكذا ولكنا لا نعرفُ للشافعي. قالَ: ذلكَ في شيءٍ من كتبهِ. وقال في «الحاوي» قد قيل: فيه قولان بناءً على الراهن إذا أذن للمرتهن في الوطيء فوطيء هل يلزم المهر قولان. وقال القفالُ: أخلّ المزني بالنقل حيث خص بالمهر حالةَ الإكراهِ لأن في حالة الطوع يجبُ أيضاً، وإنما قال الشافعي: حالة الطوع حتى يكون حالة الإكراه أولى وهذا غريبٌ، وذكر صاحب «المنهاج»: أن الصحيح أنه لا مهرَ لها إذا كانت طائعةً وهكذا في الأمةِ إذا طاوعت على الزنا، وهذا سهوٌ منه في هذا الموضعِ لما بيَّنا. وحكي عن مالكٍ أنه قال: لا مهرَ لها أصلاً لأن بضعها ملكه ولهذا لا يجوز لها أن تتزوج إلا بإذنه، وهذا لا يصح لأن منافع المكاتبة لها، ولهذا لو وطئها أجنبيّ بشبهةٍ أو بالإكراهِ فالمهر لها وإنما يفتقر نكاحها إلى إذنهِ لأن النكاح لازمٌ إلى الأبدِ فربما عجزت نفسها وتعود إليه ناقصةً بالتزويج، فإذا ثبت وجوب المهر، لها قالَ في «الأم»: فإن أصابها مرّةً أو مراراً لم يكن لها إلا صداق واحدٌ حتى تجبر فتختار الصّداق، أو العجز فإن اختارت فعاد فأصابها السيد، فلها صداق آخر، قال أصحابنا: [٩٥/ب] هذا عبارةٌ عن قبضِ الصداقِ، فإذا قبضت ثم وَطئها وجبَ صداق آخر. وهذا كما لو نكح امرأةً نكاحاً فاسداً، فأصابها مرةً أو مراراً يجب صداقٌ واحدٌ، فإذا فرق بينهما وقضى بالصداقِ ثم نكحها نكاحاً آخر فلها مهرٌ آخرُ إذا وطئها ثم هذا المهر يجب عليه من غالب نقد البلدِ ثم ينظر فإن لم يكن عليها نجم من مالِ الكتابةِ فإنها تأخذ وتتصرف فيه حتى يحل النجم. ثم قوله: وإن كان حل عليها نجمٌ، فإن كانَ الذي حلّ عليها من غير جنس الآخر فهل يصير قصاصاً؟ فيه أربعة أقوالٍ ذكرناها، فإن حبلت المكاتبة فقد ذكرنا أنها تصير أم ولدٍ له والولد حُرٌّ لا يلزمه قيمته وهي تعتق بحكم الكتابةِ ويكون كسبها له، ومتى تعتق بالاستيلاد يكون كسبها قبل العتق للسيدِ، وههنا الكتابةُ باقيةٌ، فإن أدت مال الكتابةِ قبل موت سيدها عتقت، وكان ما في يدها من الكسبِ لها، فإن عجزت نفسها قبل موت السيدِ وفسخ الكتابة كان ما في يدها لَهُ، فإن مات عتقت بموتهِ بحكم الاستيلاد وحدها.

فَرْعٌ

لو أتت هذه المكاتبة بَعد الاستيلاد بولدٍ من زوجٍ أو زنا فهذا ولدُ أم ولدٍ وولدُ مكاتبةٍ

فيتبعها في الاستيلاد قولاً واحداً، وهَل يتبعها في الكتابة قولان، فإذا قلنا: لا يتبعها فليس له إلا سببٌ واحدٌ وَهو الاستيلادُ فيعتق بموت السيّدِ، وإذا قلنا: يتبعها فقد اجتمع لهَا سبَبان أيهما سبقَ عتق به، والحكم فيه كالحكم في الأم على ما ذكرنا.

فَرْعٌ آخرُ

لو اشترى المكاتبُ أمةً للتجارة لا يحل للسيّدِ وطئُها، فإن وطئها قد ذكرنا أنه لا حدّ ويلزم المهرَ ههنا للمكاتبة بلا خلافٍ، [٩٦/أ] فإن حبلت انعقد الولدُ حراً لشبهة الملكِ وتصير أم ولده لأنها عتقت بحرٍ في ملكٍ، ويلزمه قيمتها لأنها مملوكة للمكاتبة وقد أتلفها عليه بالإحبال، ويفارق للثبت على ما ذكرنا لأنها ليست بمملوكة له بل هي موقوفة معها أو مملوكة للسيدِ. وأمّا الولدُ فلا تجبُ قيمته لأنه قد ملك الأم بالتقويم، فإذا أتت بولدٍ بعدما صارت أم ولده لم يلزمه قيمته. وأمّا إذا أحبل المكاتبة يلزمه قيمة ولدها إذا قلنا: ولدها موقوفٌ لأنها مكاتبة كما كانت وقد أتلف ولدها عليها فلزمته قيمته لها ويدفع إليها أو تستعين بها أو يجعلها قصاصاً، وإذا قلنا: قيمته لو قتل تكون لسيدها فلا قيمة عليه.

مَسْألَةٌ: قالَ: ولو اختلفَا فِي ولدِهَا.

الفصل

إنما تتصور هذه المسألة على القول الذي يقول: ولد المكاتبة موقوفٌ على كتابتها وصورتها أن يقول: المكاتبة ولدته بعد المكاتبة. وقال السيّد: ولدته قبل الكتابةِ فهو ملكي فقد ذكرنا من قبل أن القول قول السيّد لأنه اختلافٌ في التحقيق في وقت الكتابة، فإنها تقول عقدت معي الكتابةَ ثم أتيت بالولدِ، وهو يقول: لا بل أثبت به ثم عقدت معكِ الكتابة، والأصلُ أن لا عقدَ ولهذا نقولُ: لو اختلفا في أصلِ العقدِ، فالقول قوله أيضاً، وإذا قلنا: ولدها للسيدِ لا يتصور الاختلافُ، فإنها سواءٌ أتت به قبل الكتابةِ أو بعدها، فهو للسيدِ فإن نكل السيّد عن اليمين ترد عليها اليمينِ، فإن نكلت ففي ردها على الولدِ بعد البلوغ، وجهان.

مَسْألَةٌ: قالَ: ولو اختلفا فِي [٩٦/ب] وَلد المكاتب من أمتهِ، فالقولُ قول المكاتب.

في صُورةِ هذه المسألةِ مضمرٌ محذوفٌ، ولا يمكن حملُ اختلافهما على ظاهرهِ لأنه ولد المكاتب من حرّة حرٌ لا يصح فيه الاختلافُ، والمسألةُ مصورة فيمن كاتب عبده ثم زوجه أمته، فالتزويج صحيحٌ ثم اشترى المكاتب من السيّدِ زوجتَهُ فينفسخ النكاحُ عندنا خلافاً لأبي حنيفة رحمَهُ الله وصَارت مملوكةً له فأتت بولدٍ فاختلف هو والسيد، فقال السيّدُ:

أتت به من قبل أن بعتكها، فهو مملوكٌ لي، وقال: بل أتت بهِ بعدما ابتعتها فهو لي يعتق بعتقي وأمكن ما قالاهُ، فالقولُ قول المكاتب لأنهما اختلفا في ملك الولدِ ويَدُ المكاتب ثابتةٌ على الولدِ فصَار بيده أقوى من السيّدِ.

فَرْعٌ

قالَ بعض أصحابنا بخراسان: ذكر الشافعي رضي الله عنه: أنها لو أتت بولدين، أحدهما قبل الكتابة، والآخرُ بعدها، فهما للسيّدِ لأنهما حمل واحدٌ وهكذا لو أتت بأحدهما في يوم ملك الأم بأقل من ستةِ أشهرٍ والآخرُ بأكثرَ فهما للسيّدِ، وكذا أفتى الشيخُ أبو زيدٍ وليس بصحيح لأن الحملَ يتبع الأم في البيع، وإذا وضعت وَلداً وفي بطنها ولدٌ آخر فبيعت فالولد الثاني مبيعٌ معها، وقد نصّ الشافعي كما قال الشيخُ أبو زيدٍ، فنقولُ: مراد الشافعي رضي الله عنه أنه يحكم بأن الولدين حصَلا في ملك السيدِ ثم معقولٌ أن الذي في البطنِ يصير مَبيعاً يتبع الأمَ أو نقول صورةُ المسألةِ: [٩٧/أ] أنها أتت بالولدِ الثّاني معَ البيع لا بعدَهُ فيكونان للسيّدِ.

بَابُ المكاتبة بين اثنين يطأها أحدُهما أو كلاهما

مَسْأَلَةٌ: قالَ: إذا وطئَهَا أحدُهُمَا فلم تحبلْ فلهَا مهرُ المثلِ.

اعلم أنه إذا كانت أمةٌ بينَ رجُلين فكاتباها لا يحلّ لأحدهما وطئها لأنه قبل الكتابةِ كان يملك بضعها ملكاً تاماً، ولم يكن يحل الوطىء فبعد الكتابةِ أولى أن يحل وطئها فإنها توجب تحريماً لو كانَ الوطىء حلالاً من قبل، فإن وطىءَ أحدهما فلا حدّ لشبهة الملكِ ثم ينظر فإن كانا عالمين عزرا وإن كانا جاهلين لم يعزرا، وإن كانَ أحدهما جاهلاً لم يعزر الجاهل ويجبُ المهرُ لأنه وطىء شبهةٍ ويكون للمكاتبة لأنه كسبها ثم ينظر فإن لم يكن قد حل عليها نجم من مال الكتابة، فإن كانَ المهرُ من جنس مال الكتابةِ، فإن كان معها بقدر ما يدفع إلى السيّدِ الذي لم يطأها مثل المهر فعلت ذلكَ وسلمت، وللسيّد الذي وطىء عليها قدر المهر فإن المهر يكونُ بين السيّدين لأن الكسبَ بينهما والمهرُ من جملةِ الكسبِ، فيرجع الذي لم يطأ على الذي وطىءَ فيأخذ منهُ نصف المهر فيحصل المهرَ بينهما نصفين ثم ينظر، فإن فضل باقي مال الكتابةِ فأدته إليهما عتقت وإن لم يكن مَعها شيءٌ فللسيدين أن يعجزاها ويسترقاها، فإن فعلا عادت مملوكة لهما وكسبُها بينهما والمهرُ من جملةِ الكسبِ، فإن كانت قبضت المهرَ من الواطىء فقد برئت ذمته منه، [٩٧/ب] فإن كانَ باقياً بحالهِ اقتسماهُ بينَهُما، وإن كانَ قد أتلف فقد تلفَ من ملكهما معاً، وإن لم تكن قبضت المهرَ فإن ذلك يكون كسباً لسيدها ثم ينظر فإن كانَ في يدها شيءٌ يدفع للسيّدِ الذي لم يطأها بإزاءِ المهرِ ويحصل المهرُ

لمن هو عليهِ فعل ذلكَ، وإن لم يكن مَعها شيءٌ آخرُ، فإنهما يقتسمان المهرَ بينهما نصفين ويسقط ما بقي من حقهما، وإذا اقتسما نصفين دفع الواطىء إلى صاحبهِ نصفَ المهر وسقط نصفه عن ذمته، فإن أتت هذه المكاتبة بولدٍ نظرَ فإن كانَ السيدُ قد استبرأها بعد الوطىء وأتت بولدٍ بعد الاستبراءِ لستةِ أشهرٍ فصاعداً لم يلحق بالسيّدِ بل يحكم بأنه ولد مكاتبته من شبهةٍ أو نكاح أو زناً فيه قولان على ما ذكرنا، وإن لم يكن استبرأها أو كانَ قد استبرأها إلا أنها أتت بالولدِ لأقلّ من ستةِ أشهرٍ من حين الاستبراءِ فإنه يلحق بالوطىء، فإنه وَاطىء بشبهةٍ وينعقد الولدُ حراً ويصير نصف الجارية أم ولده لأنها علقت بحرٍ في ملكٍ، وإن كان ضعيفاً وجميعها يكون مكاتباً لهما ثُمَّ ينظر في الواطىء فإن كانَ مُعسراً فلا يسري إلى نصيب شريكه وإن كانَ موسراً فيَسري لأنه كالعتق، وهل يقوم عليه في الحالِ، أو فيما بعد، فعلى ما ذكرنا من القولين أحدهما: يقوم في الحال تغليباً للإيلاد على الكتابة للزوم حكمه والثاني: يتوقف تقويمه على العَجز تغليباً لحكم الكتابةِ على الإيلاد لتقدمه، وقال أبو علي ابن أبي هريرة: يقوم عند العجز ههنا قولاً واحداً وإنما القولان في عتق أحدِ الشريكين، [٩٨/أ] والفَرقُ أن السرايةَ هناكَ إذا كانت في الحالِ استفادت العتق في الحال فلا ضرر على المعتقةِ، وهَهنا يضرّ التقويم والسراية لا تنفسخ فيما قومناهُ، وثبت لهاحكم الاستيلاد فيقف عتقها على الموت، وإذا كانت مكاتبةً يعتق بالأداءِ في الحالِ، وقال أبو إسحق: الطريقةُ الأولى أصح، وما قالَهُ أبو علي خطأ لأن الإحبال أقوى من العتقِ، والعتق إذا أوجب التقويم في الحالِ فالإحبال أولى، والذي قاله من الضرر لا يصح لأنا إذا قومنا في الحالِ تنفسخ الكتابة في نصيب الشريكِ وتبقى في نصيب المحبل، فإذا أدت إلى مولاها المحبل نصيبَهُ من المالِ عتقت وسرى العتق إلى الباقي فالتقويم أحظُ لها، وقال بعض أصحابنا بخراسان: كلام الشافعي ههنا يدلُّ على أنه لا يقوم في الحالِ في الإحبالِ وإنما يقومُ يومَ العجز قولاً واحداً، وذلكَ أنه أجابَ ههنا في الإعتاق بأنهُ يقومُ في الحال، فقالَ: إذا ماتَ الواطىء وعتق نصفها قوم النصف الثاني في الحالِ، ولم يقل إذا عجزت، وكذلكَ إذا أعتق أحدهما نصيبَهُ وأجاب في الإحبال بأنه لا يقوم في الحالِ، فقالَ: فاختارت العجز أو مات الواطىء، فإن للذي لم يطأها نصف المهر، ونصف قيمتها على الواطىء فدل ذلك على أن قوله لم يختلف في الإحبالِ أن التقويم فيه يومَ العجز لما تقدم من العلةِ وقد بينا خلاف هذا.

فإن قلنا: يقوم في الحالِ تنفسخ الكتابة في نصيب شريكه بالتقويم وتصير أم ولد الواطىء ويكون النصف الآخر مكاتباً وهي أم ولد له ثم ينظر فإن أدت مال الكتابة عتق نصفها وسَرى العتق [٩٨/ب] إلى باقيها ويَبطل حكم الإحبال والعتق بها، وإن قلنا: لا يقوم في الحالِ ينظر فإن أدت مال الكتابة إليهما عتقت ويكون الولاء بينهما ويبطل حكم الإحبال،

وإن عجزت نفسَها استرقاها وبطلت الكتابةُ فتقومُ حينئذٍ على الشريكِ الوطيء ويصير جميعها أم ولدٍ يعتق بموته فهذا الحكم في الأم، وأمّا الولدُ فقد حكمنا بحريته فهل يجبُ على الواطيء شيءٌ من قيمته لشريكه؟. الحكمُ في ذلكَ أن كل موضعٍ أتت به وجميعها أم ولد للواطيء لا يلزمه شيءٌ من قيمةِ الولدِ لأنها وضعته في ملكهِ وكل موضعٍ أتت به ونصفها مكاتب لغيره يلزمهُ نصفِ قيمته لشريكه لأنه كانَ من سبيلهِ أن يكونَ نصيبه من الولدِ مملوكاً له فلما صَار حراً باعتقاده وفعلهِ صَار متلفاً لذلكَ النصف عليه فيلزمه قيمتهُ.

وإن مات السيد قبل أن يعجز أو يؤدي فقد عتق نصفها بموتهِ وانفسخت الكتابة فيه، فعلى هذا إن أدت إلى الشريك نصفه عتقت وإن لم تؤدَ قوم على الميت في تركته لأنه قد وجب بسبب كان منه في حال حياته.

وكل موضعٍ حكمنا بأنها أم ولده والكتابة باقية فمات السيدُ سبق عتق الاستيلاد على الكتابةِ فعتقت بموتهِ واستتبع الاكتساب بخلاف العتق بالصفةِ والعتق بمجرّد الإيلاد هذا كله إذا اختارت المقام على الكتابة، فأما إذا اختارت العجز في الحال فالحكم فيها كالحكم في الجارية بين الشريكين إذا أحبلها أحدُهما، وحكمه أنه إن كان موسراً عليه نصف مهرها ويقوم عليه نصيب شريكه، وهل يسري الإحبال في الحال أو بأداءِ القيمة؟، فعلى ما ذكرنا [٩٩/أ] فيما تقدم وفي نصف قيمةِ الولدِ قولان بناءً على القولين في إحباله، فإن قلنا: يسري في الحالِ فليس عليه نصف قيمة الولدِ، وإن كان معسراً فقيمة نصف المهر في ذمته ولا يقوم عليهِ نصيب شريكه وفي الولد وجهان. قال ابن أبي هريرة: الولدُ حرٌ كله ويكون عليه نصف قيمته لشريكه لأنه وطيء شبهةٍ كما لو وطيء أمةَ غيره بشبهةٍ. وقال أبو إسحاق يكون الولدُ نصفهُ حراً ونصفه مملوكاً لشريكه لأن الولد تابعٌ للأم في الحريّةِ، فهو بمنزلة ما لو ولدت جارية نصفها حرٌ ونصفها مملوك من زوجٍ أو زنا كان الولد نصفه حراً ونصفه مملوكاً، وقيل: إن ابن أبي هريرة علل الوجه الأولَ أنه يستحيل أن ينعقد الولد ابتداءً بعضه رقيقاً وبعضه حراً، فألزم عليهِ إذا كانت الجاريةُ نصفها حراً ونصفها مملوكاً فلم يسلم هذه المسألة، وقال: الخلاف واحدٌ.

ويمكن أن يقال: علةُ ابن أبي هريرة أن الحريّة الصَّادرة عن الملكِ لا تتبعّض، وهذا العتق ليس بسرايةٍ ولهذا لا يقف عتق الباقي على أداءِ القيمةِ قولاً واحداً، فإذا قلنا: لا يقوم، ففيه وجهان: أحدهما: يكون موقوفاً للشريك، والثاني: يكون تبعاً لأمهِ يعتقُ إن عتقت، وإذا قلنا: تقويم الأم موقوفٌ وعجزت عن أداءِ مالِ الكتابة. فلها وللمحبل حالتان: أحدهما: أن يتفقا على الإنظار بالكتابةِ في حقهِ فيجوز ذلك لهما إذا تراضيا به، لأنه لا يتعلق بالكتابة حقٌ لغيرهما بخلافِ الشريك غير المحبل، والثانية: أن لا يتفقا على الإنظار

بل يختلفان فيه فالكتابة تنفسخ بينهما لأن المكاتبة لا يلزمها المقام على العقدِ، [٩٩/ب] والسيدُ يلزمه الإنظار بالمالِ.

مَسْألَةٌ: قالَ: فإن وطأها فعلى كلّ واحدٍ منهما مَهر مثلها[١].

جملةُ هذا أن السيدين إذا كاتبا جاريةً ثم وطئها كل واحدٍ منهما فإن لم تحبل فلا حدّ على واحدٍ منهما وعزر العالم منهما والمكاتبة أيضاً إن كانت عالمةً وعلى كل واحد منهما كمال مهرِ مثلها ثم ينظر فإن عجزت نفسها، وفسخت الكتابة فقد سقط عن كل واحدٍ منهما نصف ما عليهِ من المهرِ ولزمَهُ النصفُ الآخر لشريكه فإن كانا سواءً تقاصا وإن كان أحدهما أكثر من الآخر. قال الشافعي بأن يطأ أحدهما وهي بكر ويطأ الآخر ثيباً أو تكون في وطىء أحدهما صحيحةً وفي وطىء الآخر مريضةً، ونحو ذلك فإن التقاص يحصل في المقدار الذي اتفقا فيه ولصاحب الفضل أن يطالبَهُ وإن كانت قد قبضت المهرين فقد برئت ذمة السّيدين منهما ثم ينظر فإن كانا باقيين اقتسماهما وإن كانا تالفين فقد تلفا من ملكيهما وضمانهما، قال في «الأم»: فإن وطئها أحدهما وهي بكر وجبَ عليه أرشُ البكارة لأن ذلك لا يدخل في المهرِ فسقط عنه النصف ويجب النصف لشريكه، وإذا وجدت الجارية مفضاةً، فقال كل واحدٍ منهما: أنت أفضيتها حلفَ كل واحدٍ منهما لصاحبهِ ويسقط حكم الإفضاء وهكذا إذا اختلفا في الوطىء فكل واحد منهما يقولُ لصاحبهِ: أنتَ وطئتَ حَلف كل واحدٍ منهما لصاحبهِ ويسقط المهر هذا كله إذا لم تحبل الجارية فإن حبلت الجارية، فالحكم في الحدِّ والمهرِ على ما مَضى. وأمّا الولدُ فينظر فإن ادعى كل واحدٍ من الشريكين أنه استبرأها بعدما وطئها وأتت بالولد بعد الاستبراءِ [١٠٠/أ] لستةِ أشهرٍ فصاعداً لا يلحق بواحدٍ منهما ويحكم أنها أتت به من زنا وقد ذكرنا فيه قولين: كيف يكون حكمه وإن لم يدع أحدهما: الاستبراء لا يخلو حالِ الولدِ من أربعة أحوالٍ. إمّا أن لا يمكن أن يكونَ من واحد منهما أو أمكن أن يكونَ من الأولِ دون الثاني أو من الثاني دون الأول أو أمكنَ أن يكونَ من كل واحدٍ منهما فإن لم يمكن أن يكونَ من كلّ واحدٍ منهما بأن تأتي به لأكثر من أربع سنينَ من وقت الوطىء الأول ولأقلّ من ستةِ أشهرٍ من وقت الوطىء الثاني، فإنه ينتفي عنهما ويصير كالولد الذي يؤتى به من زنا فيه قولان على ما ذكرنا وإن أمكن أن يكونَ من الأول دون الثاني بأن تأتي بهِ لأكثر من ستةِ أشهرٍ من وقت وطىء الثاني يلحق بالأولِ لأنه يمكن أن يكونَ منهُ وينتفي عن الثاني لأن لا يمكن أن يكونَ منه، ثم لا يخلو، إما أن يكونَ الأول موسراً أو معسراً فإن كان موسراً فالولد يلحقه ويكون حراً لشبهةِ الملك ويصير نصيبه من الجارية أم

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/ ٢٢٠).

ولده لأنها علقت بحرٍ في ملكه ويستحق عليه تقويم نصيب شريكهِ كما يستحق ذلك بالعتق وهل يقوم في الحالِ أم عند التعجيز؟ فعلى ما ذكرنا من القولين فإن قلنا: يقوم في الحال فقوم فإن الكتابة تنفسخ في نصيب الشريك الذي لم يحبل لأن التقويم ينفسخ بالكتابة ويعود نصيبه إلى ملكه ثم يقوم على شريكه وتبقى الكتابة في النصف الذي لشريكه فيكون نصفُ الجارية مكاتباً للشريك المحبل وجميعها أم ولد له.

وإن اختار السيّدُ المحبل أن ينظرهما بما عليهما، فإن نصيب شريكه يقوم عليهِ، [١٠٠/ب] وتنفسخ الكتَابةُ فيه وتَبقى الكتابة في نصيبه، فيكون جميعها أمَّ ولدٍ له ونصفها مكاتب له، والحكم فيها إذا أدت وعتقت بالإداءِ، ولم تود فعتقت بالموت على ما ذكرنا في المسألة قبلها.

فإذا ثبت هذا الكلامُ بعده فيما يستحقه المحبل على لم يُحبل وما يستحقُّ الذي لم يحبل عليهِ، فأمّا الذي لم يحبل فيستحق على شريكهِ ثلاثةَ أشياء: المهر وقيمة نصيبهِ من الجاريةِ وقيمة نصيبه من الولدِ، فأمّا المهرُ فإنهُ يستحق عليهِ نصفه لأنها لما قوّمت انفسخت الكتابةُ في نصفها، وعاد إلى ملكه وكانَ كسب هذا النصف له من المهرِ من جملةِ الكسبِ هكذا ذكر أبو حامدٍ، وقالَ القاضي الطبريُّ: هكذا ذكرَ الشافعيُّ أنه يلزمه نصف مهر مثلها ولكنه أراد إذا عجزت نفسها، فأمّا إذا أقامت على الكتابةِ فإن نصيب الأولِ صار أم ولد له وهل يقوم في الحال أم إذا عجزت؟ فيه قولان: أحدهما، يقوم في الحالِ فتنفسخ بالتقويم الكتابَةُ في نصيب شريكهِ لأن الأول يملك نصيب شريكه إذا قوم عليهِ وإذا انفسخت الكتابَةُ في نصيب شريكِهِ يكون جميعها أمَّ ولدٍ للأولِ، ونصفها مكاتب له ونصفها غير مكاتب ويلزمها جميع مهر مثلها، فيكون نصفه للجارية لأنه مكاتب للأول ونصفه للشريكِ لأنه وطئها، ونصفها مكاتب له، ثم فسخت الكتابةُ فيه فَصار إليه ما كان في يدها، أو استحقته قبضته، أو لم تكن قَبضته، وقيل: أراد الشافعي بقوله: ونصف مهرها ذكر النصف الذي لزمَهُ بسَبب الملكِ نفسهِ.

فإن قيلَ: [١٠١/أ] المكاتبُ لا يملكُ، فكيف ملكَ ها هنا قُلنا: يملكُ حكماً كما بالإرثِ.

وأمّا قيمةُ نصيبه من الجاريةِ، فيستحقه عليه لأنه أملكه بالإحبالِ، وأمّا قيمة نصف الولدِ، قال الشافعيُّ: وفي نصف قيمة ولدها قولانِ: أحدهما، يغرمُه، والثاني، لا يغرمُهُ، وهذان القولان مبنيان على أصلٍ، وهو أن وقت نقل ملك النصفِ إليهِ بالتسرية متى يكون، وفيه قولان: أحدهما، أنه ينتقل إليهِ عقيب العلوق من غير فصلٍ فعلى هذا يغرم نصف قيمة

الولد لأن العلوقَ حصلَ في ملك الغير وَالثاني أن العلوقَ حصلَ في ملكه، وقال أصحابنا بالعراق: وهو مبني على أصلٍ، وهو أن كل موضعٍ وضعت الولد، وهو ملكه لا يلزمهُ شيءٌ من قيمته وكل موضع وضعت قبل أن يصير جميعها أم ولدٍ وَهو إذا قلنا: إنها لا تقوم في الحال، وإنما تقومُ بعد العجز فوضعته قبل العجز، وقلنا: الإحبالُ إنما يسري بعد دفع القيمةِ، فوضعت قبل دفع القيمة يلزمهُ نصف قيمته لأنها وضعته ونصفها مملوكٌ لغيره وكانَ من سبيلهِ أن يكونَ مملوكاً له، فصار حرّاً بفعلهِ واعتقاده. قال المزنيُّ: القياسُ على مذهبِهِ أن ليس عليهِ نصف قيمة الولد لأنها بالحبل صَارت أم ولدٍ، قال أصحابنا: هذه العلة لا بيانَ فيها حتى يقال: لأنها بالحبلِ صارت أم ولده، وانتقل الملك قبل الحبلِ.

وأمَّا ما يستحق المحبل على الذي لم يحبل، قال في «المختصر»: وفي الواطىء الآخرِ قولان: أحدهما، يغرم نصف مهرها لأنها لا تكون أم ولد للمحبل إلا بعد أداءِ نصف القيمة والآخرِ، يغرم جميع مهر مثلها، وهذان القولان [١٠١/ب] مبنيان على القولين في وقت التسرية، فإن قلنا: بتأخير السرايةِ إلى وقت الأداءِ فليس على الثاني بالوطىء إلا نصف المهر لأن الجاريةِ مشتركةٌ بعدُ، وإذا قلنا: بتعجيل السرايةِ فعليهِ جميع المهر لأنه وطئها، والملك خالصٌ للأولِ ولا شك أنه لا يلزمه غير المهر شيءٌ آخرُ، واختار المزني إيجاب جميع مهر المثل، وقال: لأنه وطىء أم ولد لصاحبه، وهذا التطيل دعوى لأن من قال بالقول الثاني: لا يجعلها أم ولدٍ لصاحبه إلا بعد أداءِ القيمةِ، وقال أبو إسحق: الصحيح ما اختارَ المزني أنها تصير أم ولد له في الحالِ دونَ أداءِ القيمةِ وهو الذي اختارهُ الشافعيُّ، فعلى هذا يلزم على الثاني جميع مهر المثل ولا يجب على الأولِ نصف قيمة الولدِ كما ذكرنا عن المزني، فإذا قلنا: عليهِ جميع المهرِ وعلى الأول جميع المهرِ، وقد عجزت انتقل نصف المهر الواجب على الأول إلى الثاني فيصير النصف بالنصفِ قصاصاً إن استويا، ويبقى للأول على الثاني نصف مهرِ مثلها، وإذا قلنا: عليهِ نصف المهر وقد عجزت فللأول على الثاني نصف المهرِ، وللثاني على الأولِ نصف المهرِ أيضاً، فيقاصان إن استويا، ولا يبقى شيءٌ إذا كان المحبلُ موسراً، فإن نصيب الأولِ يصير أمَّ ولده ولا يقوم نصيب شريكهِ عليهِ، فيكون نصيب أم ولده وجميعها مكاتبة بينه وبين شريكهِ، ثم ينظر فإن اختارت المقام على الكتابةِ وأدى مال الكتابةِ، وعتقت استحقت على كل واحدٍ منهما كمال مهرها، وإن عجزت كانَ نصفها مملوكاً للواطىء الثاني ونصفها أم ولدٍ للمواطىء الأول، [١٠٢/أ] ويكون لكل واحدٍ منهما على صَاحبهِ نصف مهر مثلها فيقاصان على ما ذكرنا.

وأمَّا الولد فهل ينعقد كله حراً أو نصفه حراً، ونصفه مملوكاً فعلى ما ذكرنا من الاختلاف بين ابن أبي هريرة وبين أبي إسحق. وقالَ القاضي الطبري: ما قاله ابن أبي هريرة

أصح لما احتج بهِ أنه وطيء شبهةٍ، ولو وطيء جارية غيره بشبهةٍ كان الولد حراً، ويلزمه قيمته في ذمتهِ إذا كان مُعسراً إلى أن يوسرَ فكذلكَ ههنا، وقالَ بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان، وهذا غريبٌ.

والحالةُ الثالثة: إذا أمكن أن يكونَ الولد من الثاني دون الأولِ بأن تأتي به لأكثر من أربع سنين من وقت وطيء الأولِ ولأكثر من ستةِ أشهر، وأقل من أربع سنين من وقت وطيء الثاني، فهذا الفصلُ لم ينقله المزنيُ إلى «المختصر» وحكمهُ: أنه ينتفي الولد عن الأولِ ويلحق بالثاني، ويصير الثاني في هذا القسم كالأولِ في القسم الأولِ والأول ها هنا كالثاني هناك إلا في المهر، فلا يخلو حال الثاني، إمَّا أن يكونَ موسراً أو معسراً، فإن كان موسراً، فالولد حرٌ ونصيبُهُ من الجاريةِ أم ولده، ويسري إلى نصيب شريكهِ ويقوم في حقهِ ومتى يقوم فعلى ما ذكرنا من القولين، فإذا قلنا: يقومُ في الحالِ، أو بعد العجزِ، فعجزت وقومت، فبالتقويم تنفسخ الكتابةُ في نصيب شريكهِ ويعود رقيقاً ويكون كسبه للشريك، والنصف الآخرُ يبقى على الكتابةِ والحكم فيه، إذا أدت أو عجزت، فاسترقت على ما ذكرنا من القسم قبله.

وأمَّا الذي يجب على الثاني والذي يجبُ على الأولِ، [١٠٢/ب] فإن الثاني يجبُ عليهِ نصف المهر وقيمة نصف الجارية، وأمَّا قيمة نصف الولدِ، فإنها إن وضعته قبل أن صار جميعها أم ولدٍ يلزمه ذلك وإلا فلا يلزم، وأمَّا الأولُ فلا يجبُ عليهِ قيمة الجارية ولا قيمة الولد، وإنما يجبُ عليهِ نصف المهرِ فقط لا يزيدُ ولا ينقص وهذا هو الذي يخالف القسم قبله، فإن هناكَ يجبُ على الثاني الذي لم يحبل كمال المهرِ في حالةٍ، ونصفه في حالةٍ أخرى وها هنا يجبُ على الأول الذي لم يحبل نصف المهر بكل حالٍ، والفَرقُ أن وطيء الجارية في الأول صَادف الجارية بعدما صارت أم ولدٍ للأولِ، فيلزمه كمال المهرِ ووطيء الأول ههنا لم يُصادف، وهي أم ولد للثاني، فإن وطئه سبق وطيء الثاني بل صادفها ونصفها مكاتبٌ له والكتابة تنفسخ في ذلكَ النصف، فيعود كسبهُ إليهِ، فلا يلزمه أكثر من نصف المهرِ وإن كانَ الثاني مُعسراً، فإن نصيبه يصير أم ولده ولا يَسري ذلكَ إلى نصيب الشريك ويلزمهُ نصف مهر المثل والحكم فيها إذا ردت، أو عجزت على ما ذكرنا وهل ينعقدُ كلهُ حراً، أو نصفه حراً فَعلى ما ذكرنا من الاختلافِ.

وَالحالةُ الرابعةُ: أن يكون من كل واحد منهما بأن تأتي به لأكثر من ستةِ أشهرٍ ولأقل من أربع سنين من وقت وطيء كل واحد منهما، فادعياه، أو ادعاه أحدهما ولم يدعيا، ولا أحدهما الاستبراءَ يعرض على القافةِ فإن ألحقته بالأولِ كانَ الحكم على ما ذكرنا إذا لم يمكن أن يكون من الأولِ، وإن ألحقته بالثاني كان الحكم على ما ذكرنا إذا لم يمكن أن يكون [١٠٣/أ] إلا من الثاني، فإن لم يكن قافَةُ، أو كانَ فأشكل عليهم، أو ألحقته بهما أو

أنفته عنهما ترك حتى يبلغ فينسب إلى أحدهما، وهذا لأن الأنسابُ تتعاطفُ، قال رسول الله ﷺ: «إن الرحم إذا تماست تعاطفت»[1] وتتعلق بزمان الوقفِ، ثلاثة أحكامٍ أحدُها في كتابه «الأم»، وذلكَ معتبر بحال الواطئين، فإن كانا موسرين كانت كتابتهما على قولين: أحدهما: باقية بحالها في جميعها ويملك جميع كسبها، ويؤخذ كل واحدٍ منهما بجميع مهرها، إذا أدت عتقت، وإن عجزت كانت أم ولدٍ لأحدهما يوقفُ على البيان ولا تعتق إلا بآخرهما موتاً، وإن ماتا قبل البيان، والثاني: أن الكتابة قد بطلت في نصفها وبقيت في النصف الآخر، وبقي نصف كسبها موقوفاً على من تصير لهُ أم ولدٍ، والنصف الآخر لها تستعين به في كتابتها، فإن أدت تحرر عتق جميعها نصفها بالكتابةِ ونصفها بالسرايةِ، وإن عجزت كانت أم ولدٍ لأحدهما لا بعينه فيوقفُ عليها فيه، وفي الفاضل من كسبها بعدَ العجزِ، وفي النصفِ الموقوف من الكسبِ على ما يتجدد من البيان فيما بعد وإن كانا معسرين، فنصفها يكون في حكمِ أم الولدِ والكتابة في جميعها باقيةٌ والأداءُ يكون إليهما، فإن عتقت بهِ، بطل حكم الإيلاد، وإن عجزت كان نصفها أم ولدٍ ونصفها موقوفاً ويوقف على البيان، وإن كانَ أحدهما موسراً والآخرُ معسراً، فلا يقوم على الموسرِ لجواز أن يكونَ الولدُ من المعسرِ فتكون الكتابة بحالها كما لو كانا معسرين لأنها على الصحةِ، فلا تفسخ بالجوازِ.

والحكم الثاني في الولد، وهو يعتبَرُ [١٠٣/ب] بحالها في اليسار والإعسار، ولا يخلو من الأحوال الثلاثةِ أن يكونا موسرين، فيكون جميع الولد حراً وإن كانا مُعسرين فنصفها يكون في حكم أم الولدِ والكتابة في جميعها باقية، والأداءُ يكون إليهما، وإن كانا معسرين فنصفه حرٌ، وفي نصفه الباقي وجهان: أحدهما، يكون حراً، والثاني، يكون مملوكاً، فإن اجتمع الواطئان على بيع نصفهِ الرقيق جاز ووقفَ ثمنه على مستحقه منهما وإن تفرّد أحدهما ببيع نصفه لم يجز لجواز أن يكونَ أباً وإن كان أحدهما مُوسراً، والآخرُ معسراً، فنصفه حرٌ، وفي الباقي وجهان: أحدهما، يكون حراً، والثاني، يوقفُ فإن ألحقُ بالموسرِ كانَ حراً وإن لحق بالمعسرِ كانَ مملوكاً، ولو اجتمعا على بيعهِ لم يجز لتردده بين الرق والحريةِ.

والحكمُ الثالثُ: في النفقة، وهما نفقتان، نفقة الولد ونفقة الأم، فأمّا نفقةُ الولدِ فتعتبر بأحوالهِ الثلاث، فإن حكم بحريتهِ كلهِ يؤخذان جميعاً بنفقته، فإذا لحق بأحدهما رجع الآخرُ عليهِ بما أنفق وإن حكم بحرية نصفهِ ورق نصفه يؤخذان بها ولا رجوع لأحدهما على

(١) لم أجده.

صاحبهِ إذا لحقَ بهِ لأن الآخر يصير مالكاً لرقهِ، وإن حكم بحريّةِ نصفهِ ووقوف نصفه يؤخذان بنفقته، فإذا لحقَ بالموسرِ وبان باقيه حراً رَدّ على صَاحبهِ ما أنفق وإن لحق بالمعسرِ وبان باقيه مملوكاً، فلا تراجعَ بينهما.

وأمَّا نفقتها تعتبر بحالها وهي تنقسم ثلاثة أقسامٍ: أحدُها: أن يتحرر عتق جميعها بالأداءِ فنفقتها ساقطة عنهما، فلا يؤخذ واحدٌ منهما بها، والثاني: أن يكونِ جميعها صَارَ أم ولدٍ لعجزها ويسار الواطئين فنفقتها وَاجبَةٌ [١٠٤/أ] ويوقف جميعها بها، فإذا بان أنها أم ولدٍ لأحدهما بعينه رجعَ الآخرُ عليه بما أنفق، والثالثُ: أن يكونَ نصفها أم ولدٍ ونصفها مملوكاً لعجزهَا، وإعسار الواطئين فنفقتها واجبةٌ عليها ومستقرة بينهما ولا رجوع لواحدٍ منهما على صاحبهِ بعد البيان لأنه إذا صار نصفها أم ولدٍ لأحدهما فقد صَار نصفها الباقي موقوفاً للآخر فاستويا في التزامهِ.

وقول الشافعي ههنا: فإذا لحق بأحدهما، أو انتسب إلى أحدهما، وهو معسر فنصفها لشريكه بحاله والصداقان ساقطان عنهما يعني: إذا كانا متساويين في الحالِ، والحال حال عجزها يدل على أحدِ الأقوالِ في التقاصِّ.

مَسْأَلَةٌ: قال: ولو جاءَتْ مِن كلِّ واحدٍ منهمَا بولدٍ يدعيهِ ولَم يدعهِ صَاحبهُ.

الفَصْلُ

جملةُ هذا أن المكاتبة إذا كانت بين اثنينِ، فوطئها كل واحدٍ منهما فأتت بولدين وكل واحدٍ منهما لا يدعي الاستبراء، ولا يدعي أنه شارك صَاحبه في الوطىء في طهرٍ واحدٍ، وكان كل واحدٍ منهما يعرفُ ولده بعينه، والشافعيُّ فرض المسألةَ فيه إذا عجزت المكاتبَةُ نفسها، فاسترقها السيدان، فالحكم فيها وفي الأمةِ القن إذا كانت بين شريكين فوطئاها، وأتت من كلِّ واحدٍ منهما بولدٍ حكم واحدٌ ففيهِ مُسألتان إحديهما: أن يكون قد عرف الذي وطئها أولاً والذي وطئها ثانياً، والثانية: أن لا يعرف الأول منهما من الثاني بل كل واحدٍ منهما يدعي أنه لأول وأن الآخر الثاني، فإن تعين الأول منهما من الثاني وادعى كلُّ واحدٍ منهما ولداً غير الولد الذي يدعيهِ صَاحبه فلا يخلو حالها من أربعة أحوالٍ، [١٠٤/ب] إمَّا أن يكونا موسرين أو كانَ الأول موسراً، والثاني، معسراً، أو كانا مُعسرين أو كانَ الأول معسراً، والثاني، موسراً، فإن كانا موسرين فالكلامُ في الحدِّ والتعزير على ما مضى، وأمَّا المهر وكون الجارية أم ولد ووجوب قيمتها وقيمة الولد، فإن الأوّلُ لما وطىء وجبَ عليه نصف المهرِ لأن نصفها مملوكٌ لهُ ونصفها لغيره ويصير نصيبُه منها أم ولدهِ ويقوم عليهِ نصيبُ شريكهِ بالسراية ومتى يسري فيه ثلاثة أقوالٍ: كالعتق سواءً، وينعقد الولدُ حراً، وهل تجب

قيمتُه ينظر فإن وضعَته بعدما دفع قيمة نصيب شريكه لم تلزمه قيمته لأنا إن قلنا: يَسري بالإحبال فقد صار جميعها أم ولدٍ له بنفس الإحبال، وإن قلنا: يسري بالإحبال ودفع القيمة، أو قلنا: هو مُراعي، فقد دفع القيمة وصارت أم ولده فلم يلزمه قيمة الولد الذي نصفه في ملكه، وإن وضعت قبل دفع القيمة، فإن قلنا: يسري الإحبالُ بنفسهِ أو هو مراعي ودفع القيمة لا يلزمه، وإن قلنا: بالآخرِ فقد وضعته ونصفها أم ولدٍ له ونصفها مملوكٌ لغيره، فيلزمه نصفُ قيمة الولدِ لشريكهِ فهذا الحكم فيما يجب على الأولِ، وأمَّا الثاني، فلا يلزمهُ قيمة شيء من الجارية لأنه لا يتصور أن يكونَ شيءٌ منها أم ولده على ما بينتُه، وإنما يلزمُ في حقهِ المهرُ وقيمة الولدِ فأمَّا المهرُ فإنه ينظر فإن وطئها، بعدما صَار جميعها وأم ولدٍ له فعليهِ كمال مهرِ المثل للأولِ لأنه وطيء أم ولد غيره، وإن وطئها قبل أن صَار جميعها أم ولدٍ له فعليهِ نصف المهر لأنه وطئها ونصفها أم ولد للأول ونصفها مملوك له، وأمَّا الولد فينعقدُ حُراً [١٠٥/أ] لشبهةِ الملكِ ثم ينظر فإن وضعته وقد صَار جميعها أم ولدٍ للأولِ فعليهِ كمال قيمته، وإن وضعته قبل أن صار جميعها أم ولده فعليهِ نصف قيمته، ولا يصير نصيبه من الجارية أم ولد له في الحال سواءَ أحبلها بعد ما صار جميعها أم ولد للثاني، أو قبله لأنه وإن لم تصر باقية أم ولد للأولِ، فقد استحق أن تصير أم ولد له وتقوم في حقه فلو جعلناها أم ولدٍ للثاني لأبطلنا حق الأول من التقويم في حقهِ وسراية الإحبال، ولا سبيل إلى ذلكَ، وقال القفالُ في نفوذِ الاستيلاد من الثاني في نصيبه على القولِ الذي نقول: لا يصير جميعها أم ولد للأولِ في الحالِ وجهان كما قلنا: إذا أعتق الثاني نصيبَه بعدما أعتق الأول نصيبه، وهو موسر، وقلنا: السراية يوم أداءِ القيمة هل ينفذ وجهان.

فإذا استقر ما يجب لكل واحدٍ منهما على صاحبهِ فإنهما يتقاصان ما يتساويان فيهِ على اختلافِ الأحولِ في المقاصّةِ ثم يرجع صَاحبُ الفضل على صَاحبهِ بما بقي له.

وإن كانَ الأول موسراً والثاني مُعسراً، فالأول لما وطيءَ لزمَهُ نصف مهر المثل ويصير نصيبهُ أم ولدِهِ، ويسري إلى نصيب شريكهِ ويقوم عليهِ، ومتى يسري فعلى الأقوالِ الثلاثةِ، وينعقد الولدُ حُراً وهل يلزمه قيمته؟ ينظر، فإن كانت وضعته بعد دفع القيمةِ لم يلزمه، وإن كانَ قبل دفع القيمةِ، فإن قلنا: الإحبالُ يسري بنفسه، أو قلنا: مراعي - دفع القيمة لم يلزمه، وإن قلنا: يَسري بعد دفع القيمةِ لزمه نصف قيمته، فيكون حكم الموسر ههنا بحكمه في القسم الأول سواءَ [١٠٥/ب].

وأمَّا الثاني، المعسر إذا وطيءَ فإن وطيء بعدما صارت الجارية أم ولدٍ له يلزمه كمال المهرِ وإن وطيء قبل أن يصير جميعها أم ولد لهُ يلزمه نصف المهر على ما ذكرنا، وهل يصير نصيبه أم ولدٍ، فعلى ما ذكرنا، وأمَّا الولد إن وطئها بعد ما صارت أم ولد الأول، قال

أبو إسحاق: ينعقد مملوكاً لأن وطئه صادف أمة لا ملك له فيها ولا يلزمه قيمة الولد، وإن وطئها قبل أن صَارت أم ولد الأول، فقد وطئها ونصفها مملوك له ونصفها أم ولد الأول فيه وجهان على قول أبي إسحق ويكون نصفه حراً ونصفه مملوكاً وعلى قول ابن أبي هريرة ينعقد حراً ويجب على هذا الشريكِ نصف قيمته في ذمته، فيكون الحكم في هذا القسم كالحكم فيه إن كانا موسرين إلا في هذا الولد في حق الثاني.

وإن كانا معسرين فالأول لما وطيء يلزمه نصف مهر المثل، وصار نصيبهُ منها أم ولده ولا يسري إلى الباقي، وفي الولدِ وجهان، فيستوي في هذه المسألةِ حكم الأول، والثاني في جميع الأحكامِ وتصير الجارية أم ولدهما.

وإن كان الأول معسراً، والثاني موسراً فالأول لما وطيء يلزمه نصف المهر ويصير نصيبه من الجارية أم ولده، فلا يسري، وفي الولد وجهان، وأمَّا الثاني لما وطيء لزمَهُ نصف المهرِ لأن نصفها له ونصفها أم ولدٍ لشريكه ويصير نصيبه أم ولده ولا يسري إلى نصيب شريكه لأنه قد صار أم ولد للأول، ولا يمكن أن يصير أم ولد للثاني، وينعقد ولده حراً ويجب عليه نصف قيمته [١٠٦/أ] لشريكه فيكون الحكم في هذا القسم كالحكم فيه، إذا كانا معسرين إلا في الولدِ على ما بيّناهُ، والكلامُ في المقاصّةِ بينهما على ما مضى قالَ المزنيُّ لما فرغ من ذكر هذه المسألةِ: قد مضى قوله في هذه المسألة بما قلت لأنها لو لم تكن للأولِ أم ولدٍ إلا بعد أداءِ نصفِ القيمة لما كان على المحبل الثاني جميع مهرها ولا قيمة ولده منها. قلنا: جواب الشافعي ههنا صدر على قولِ تعجيل السرايةِ وعليهِ فرع حكم المهر والقيمة، ولا يحتج بفرع قولٍ على إبطالِ قول يرد ذلك الفرع.

والمَسألةُ الثانية: وهي إذا لم يعلم الأول منهما بل كل واحدٍ منهما يدعي أنه هو الأول والمسألةُ مفروضةٌ فيما فرضنا المسألة قبلها، وهو إذا كان كل واحد منهما لا يدعي الاستبراءِ ولا يدعي مشاركة صَاحبه في الوطيء في طهرٍ واحدٍ، فلا يخلو حالهما من ثلاثة أحوالٍ: إمَّا أن يكونا موسرين أو معسرين أو أحدهما، موسراً والآخر، معسراً، فإن كانا موسرين، وكل واحدٍ منهما يقولُ: أنا الذي وطئتُ أولاً فعليّ نصف المهر، وقد صَار نصيبي أم ولدٍ وسرى ذلكَ إلى نصيب شريكي فصارت الجارية كلها أم ولدٍ لي وعليّ قيمة نصيب شريكي، والولد حرٌ وعلي نصف قيمته إن كان وضعته قبل دفع القيمةِ وقلنا: الإحبال لا يسري إلا بعد دفع القيمةِ، ولاَ شيءَ عليّ إذا وضعته بعد دفع القيمةِ وأنتَ أيها الشريك، وطئتَ بعدي فعليكَ نصف المهر في حالةٍ وكمال المهر في حالةٍ أخرى على ما بيّناه في المسألة قبلها ولا يجب عليكَ شيءٌ من قيمة الجارية وعليكَ [١٠٦/ب] كمال قيمةِ الولد في حالةٍ، ونصف قيمته في حالةٍ أخرى، فإذا ثبتَ هذا فإن كل واحد منهما يقرّ لصَاحبهِ بنصف

قيمةِ الجارية وصَاحبه لا يدعي ذلكَ فسقط إقرارهما فيه، ويبقى الاختلافُ بينهما في المهرِ وقيمةِ الولدِ، فإن قلنا: يجب على الأولِ نصف المهرِ وعلى الثاني النصف لا يفيد الاختلاف، وإن قلنا: يجب على الأول نصف المهرِ وعلى الثاني كمال المهرِ وهي إذا وطئها بعدما صَارت أم ولد الأول فههنا يفيد الاختلاف، فإن كل واحدٍ منهما يدعي على صَاحبهِ نصف المهر، فيحلف كل واحدٍ منهما للآخر على نفي ما يدعيهِ عليهِ ويسقط التداعي. وأمَّا قيمة الولدِ فإنه إن كان للأول يجبُ عليهِ نصف قيمة الولدِ، وعلى الثاني نصف قيمة الولد، فلا يفيد الاختلاف شيئاً بل يتقاصان، وإن كان الثاني يجب عليهِ كمال قيمة الولد والأول لا يجب عليه شيءٌ أو يجب عليهِ نصف القيمةِ فالاختلافُ بينهما يفيد فيحلف كل واحدٍ منهما على نفي ما يدعيهِ صَاحبه عليهِ ويسقط التداعي، فإذا تقرّر هذا، فنقول: قال الشافعيُّ رضي الله عنه في زمان الإشكال: وقفتها وأخذتهما بنفقتها فإذا مات واحد منهما عتق نصيبه وأخذ الآخر بنفقة نصيب نفسهِ، فإذا مات عتقت وولاءُها موقوف.

وقال القاضي الطبريُّ: هكذا ذكر الشافعي في «الأم»، قال عامةُ أصحابنا: إنما قال الشافعي يعتق نصيب من مات منهما لأن الظاهر أنه ولدها وأنها كانت ملكاً له وَشككنا في إحبالِ شريكهِ [١٠٧/أ] قد انتشر إلى نصيبهِ أم لا فأعتقنا نصيبه بالظاهرِ لأن العتق مبنيّ على الغلبة والسراية، وإذا مات الآخر عتق الباقي ويكون ولاءُها موقوفاً لأنا لم نتيقن أن الولاءَ لأحدهما. وبه قالَ ابن أبي هريرة وَصَاحب «الإفصاح»، وقالَ أبو حامدٍ وأكثرُ أصحابنا: إذا مات أحدهما لا يعتق منها شيءٌ لأنه يحتمل أن تكون أم ولدٍ للحي خاصةً فلا نوقع العتق بالشكِّ. وهكذا قال صَاحب «الحاوي»، فإن ماتا عتقت الآن لأنها أم ولدٍ لأحدهما وإن لم يتعين، قالَ صَاحب «المنهاج»: هذا مشكل لأنا لا تعلم المستولد الأول منهما ونعلم أن أحدهما إذا سبقَ بالاستيلاد وَهو موسرٌ فعتق جميعها معلق بموتهِ، ولا يتعلق بموت أحدهما وإزالة هذا الإشكال بأن يقالُ: لا يستقيم هذا الجواب إلا على أحدِ القولين وأحد الوجهين، أمَّا أحدُ القولين، فالقول الذي يقول بتأخير السراية إلى وقت الإداءِ، والأداء لم يحصل لأن الطالب لم يتميز من المطلوب، وأمَّا أحد الوجهين هو الوجه الذي يقولُ: إذا أعتق الموسر نصيبَهُ وأخرنا السراية إلى الأداءِ، فأعتق الثاني نصيبَهُ قبل قبض القيمةِ نفذ عتقه وكذلكَ في الاستيلاد ينفذ استيلاده فعلى هذا القول وعلى هذا الوجه إذا مات أحدهما عتق نصيبُهُ يقيناً لأن الميت إذا كانَ أولهما استيلاداً فنصيبُ أم ولده باستيلاده، وإن كان الثاني فنصيبُهُ أم ولده يتراخى قبض القيمةِ. وإن كانَا معسرين فلا يفيد اختلافهما شيئاً لأن كل واحدٍ منهما يقول: علي نصف المهرِ، وقد صار [١٠٧/ب] نصيبي أم ولدٍ، وَلم يَسر ذلكَ إلى نصيب شريكي وفي ولدي وجهان فيتقاصان بنصف المهر ويتقاصان بنصف قيمة الولدِ إذا أوجبنا

ذلك، وتكون الجارية أم ولد لهما معاً، فإن مات أحدهما عتق نصيبه منها ويثبت الولاء عليهِ لعصبته، ونقل الربيعُ: أن الولاءَ موقوفٌ إذا كانا معسرين أيضاً ونص في «الأم» عليهِ، فقال: وولاءُها موقوفٌ بكل حالٍ، وإن كانا معسرين أو أحدهما معسرٌ، والآخر موسرٌ، قال أبو إسحق: هذا سهو منه في النقل، والصحيحُ ما رواه المزنيُّ وهوأنه قيد، فقال: وولاءُها موقوفٌ بكل حالٍ إذا كانا موسرين فدل على أنهما إذا كانا معسرين لا يتوقف الولاءُ بل يكون الولاءُ بينهما، ويشبه أن يكونَ الذي في «الأم» شيئاً جرى به القلم، وهكذا قال الماسرجسي والقفالُ، وهذا لأن الولاءَ في اليسار مشكل متوقف، وفي الإعسارِ غير مشكل فلم يجز أن يوقف، وقال ابن أبي هريرة وصاحب «الإفصاح»: أرادَ به إذا كانا معسرين وقت التنازع والحكم لا في وقت الإحبال، وفي ذلكَ الوقت كانا موسرين.

وإن كان أحدهما موسراً، والآخر معسراً، فالموسرُ يقول: أنا وطئت أولاً فعليّ نصف المهر وقد صار نصيبي أم ولدي وسري إلى نصيب شريكي، وعليَّ قيمته وولدي حُرٌ وعليّ نصف قيمته في حالةٍ ولا شَيءَ عليّ في حالةٍ أخرى، وأنت أيها المعسرُ وطئتَ بعد ذلكَ، فعليكَ كمال المهر في حالةٍ ونصفة في حالةٍ أخرى، وولدكَ أن يكونَ مملوكاً أو نصفه حُر أو جميعه حرٌ، وعليك نصف قيمة الجارية لم يصر شيءٌ منها أم ولدٍ لكَ والمعسرُ يقول: أنا وطئتُ [١٠٨/أ] أولاً فعليَّ نصف المهرِ وقد صار نصيبي من الجارية أم ولدٍ ولم يسرِ ذلكَ إلى نصيب شريكي وفي ولدي وجهان، وأنتَ وطئتَ بعد ذلكَ، فعليكَ نصف المهرِ وصار نصيبكَ من الجاريةِ أم ولدٍ وولدكَ حُرٌ وعليكَ نصف قيمته. فأمَّا الاختلافُ في المهرِ وقيمة الولد فإنهما يتحالفان عليهِ ويسقط ما يدعيهِ كل واحدٍ منهما على صاحبه منه.

وأمَّا الجارية فقد أقرا أن نصفها أم ولد للموسِر ونصفها الباقي يدعي هو والمعسرُ، فيكون موقوفاً بينهما، فإذا مات الموسر عتق عليهِ نصفها وثبت الولاءُ في هذا النصفِ لعصبتهِ، والنصف الآخر يوقَفُ، فإذا مات المعسرُ عتق، ويكون ولاءُ نصيبه موقوفاً بين ورثة السيدين على ما ينكشف فيما بعدُ.

ونقل المزني: أن جميع ولاءُها موقوفٌ إذا كانا موسرين أو أحدهما، وَهذا الجوابُ راجع إلى الموسرين، وقيل: لم يقل المزني جميع الولاءِ بل قالَ: وولاءُها موقوفٌ إذا كانا موسرين، أو أحدهما، وأرادَ نصفَ الولاءِ إذا كان أحدهما موسراً.

وقال القفالُ: هذا إذا قلنا بنفس العلوقِ تصير أم ولدٍ للموسرِ، فأمَّا إذا قلنا: يأخذ القيمة، وقلنا: ينفذ استيلاد الشريكِ في نصيبهِ، فههنا لم يكن أخذ القيمةِ فتكون الجارية أم ولدٍ لهما بينهما نصفين وإذا عتقت، فالولاءُ بينهما نصفين ولا حاجةَ إلى الوقف.

فَرْعٌ

إذا كاتب اثنان عبدهما فجني العبدُ عليهما موضحةً لزمَهُ لكل واحد الأقل من أرش الجنايةِ أو القيمة، أو الأرش بالغاً ما بلغ، فلم يؤد إليهما حتى عجز [١٠٨/ب] سَقط من حصةِ كل واحدٍ منهما نصفها، فلو قالَ قبل عجزه: لا أؤدي إلى كل واحدٍ إلا النصف خوفاً من عجزي، قيل: ليسَ لكَ ذلكَ قبلَهُ.

بَابُ تعجيل الكتابة(١)

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ويجبرُ على قبولِ النجمِ إذا عجلَهُ.

الفَصْلُ

اعلم أنه إذا كاتَب على مَالٍ ثم إن المكاتب عجل للسيد المال قبل مَحَلهِ ينظر، فإن كانَ من الأشياءِ التي تتلف ولا تبقى على الدوام كالطعام الرطب ونحو ذلك لم يجبر على قبولهِ لأن له غرضاً في أن يحصل له هذا المال حين يحل الأجل، وإن كان مما يبقى إلا أنه يلزمهُ في حفظه مؤنة ككراءِ البيت مثل القطن ونحوه، لا يجبَرُ عليهِ وكذلكَ إذا كان حيواناً يلزمه كراء الموضع الذي يحفظ فيهِ، فلا يجبر عليهِ. وقول الشافعي: فليس عليهِ قبوله إلا في موضعهِ، يعني في موضعهِ من الزمان وموضعهِ من المكان، وإن لم يكن في حفظه مؤنة نظر، فإن كانَ هناكَ خوفٌ فلا يخلو، إمّا أن يكونَ الخوفُ حال العقد موجوداً، أو لم يكن، فإن كانَ موجوداً حال العقد، فهل يجبر على قبوله، فيه وجهان: أحدهما، وهو الأصح لا يجبرُ لأنه يخاف عليهِ في حال القبض قبل حلوله فأشبه إذا كان البلد آمناً حال العقد، ولأن اعتبار حالة الحلولِ أولى من اعتبار حالة العقد لأنه وقت الاستحقاق، ولا يعلم بقاءُ خوفهِ في تلكَ الحالةِ فلا يلزمه التسليم، في حالةِ الخوفِ، والثاني: يجبر على قبولهِ لتماثل الزمانين في الخوف نصاً كما لو عقد والبلد خرابٌ وأقبضه المال، والبلدُ خرابٌ يجبرُ على قبولهِ بلا خلافٍ. وقيلَ: هذا ظاهر مذهبِ الشافعي رضي الله عنه، وهو اختار ابن أبي هريرة، [١٠٩/أ] وإن كانَ هذا الخوفُ معهوداً لا يرجى زواله يلزمه قبوله وجهاً واحداً ذكره في «الحاوي»، وإن لم يكن في البلد خوفٌ وفتنة يجبر عليه، فإن أخذه، وإلا أخذه الحاكم عنه، وحكم بعتق العبدِ، واحتج في ذلكَ بعمر بن الخطاب رضي الله عنه وفسره في «الأم»، فقال: روي أن مكاتباً لأنس رضي الله عنه جاءَ عمرَ بن الخطاب رضي الله عنه، فقالَ: إني أتيت بمكاتبتي إلى أنس بن مالكٍ، فأبى أن يقبلها، فقالَ: إنَّ أنساً يريد الميراث ثم أمر أنساً

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/ ٢٣١).

أن يقبلها أحسبه، قال: فأبى فأراد أن يأخذها ويضعها في بيت المال، فقبلها أنسٌ، وعتق[١] هكذا ذكر القاضي الطبريُّ، وروى ابن سيرين عن أبيه، قال: كاتبني أنسُ بن مالكٍ على عشرين ألف درهم، فكنت فيمن فتح تستر فاشتريت رثةً، فربحت فيها، فأتيتُ أنس بن مالكٍ بكتابتِهِ، فأبى أن يقبلها مني إلا نجوماً فأتيتُ عمرَ بن الخطابِ رضي الله عنه فذكرتُ ذلكَ له، فقالَ: أراد أنس الميراث وكتبَ إلى أنسٍ أن أقبلها من الرجلِ فقبلها[٢]، وروى بعض أصحابنا أن عمرَ أخذ ذلكَ، وقال لأنسٍ: قد أعتقته، فإن شئتَ أخذتها، وإن شئتَ وضعتها في بيت المال، وروي أنه قالَ لعمرَ: إنه يريد أن أموت فيأخذ مالي وولدي، فقالَ له عمر: تأخذه، أو أضعه في بيت المال، فأخذه أنسٌ وعتق سيرين[٣]. ومعنى قول عمرَ أضعه في بيت المالِ، أي أحفظه عليكَ، ولم يرد أنه يصير مالاً للمسلمين أنفقه عليهم وكانت صورة الحال أنه لم يكن في تعجيله ضررٌ عليهِ، وفي هذا دليل على أن المكاتب إذا مات مات رقيقاً، وإن حلف وفاء لأن سيرين قال: يريد أن أموت فيأخذ أموالي وأولادي، ولم ينكر عليه عمرُ رضي الله عنهُ، [١٠٩/ب] وروى سعيد المقبري عن أبيه: أن امرأة استرقته من سوق ذي المجاز وقدمت مكة فكاتبته على أربعين ألفاً، فأدى عامّةُ المال، ثم أتى بباقيه، فقالت: لا، والله حتى تأتي سنةً بعد سنةٍ وشهراً بعد شهرٍ فخرج بالمال إلى عمرَ رضي الله عنه فأخبره بذلك، فقال: ضعه في بيت المالِ وراسلها أنه قد أخذ المال وعتق أبو سعيدٍ، فإن اخترت أخذته شهراً بشهرٍ وسنةً بسنةٍ، فافعلي فأرسلت وأخذت المال[٤]. وروي معنى هذا عن عثمان رضي الله عنه، فإن قيل: إذا حصل القبضُ قبل حلول الأجل يجب أن لا يعتق لأن الصفة لم تحصل فإن السيد، قالَ: إذا أديت إليَّ في وقت كذا، فإذا قدمَهُ عليهِ لم توجد الصفة فلا يعتق.

قُلنا: المغلّبُ في الكتابةِ الصحيحةِ حكم المعاوضةِ دون العتق بالصّفةِ، فإذا كانَ كذلك وقبضهُ بريءَ المكاتب منه، فإن بريء مما عليه عتق كما لو أبرأه مولاهُ من غير قبضٍ ويفارق هذا إذا قالَ: إن أديت إليَّ ألفاً في رمضان، فأنت حرٌ، ثم أعطاهُ في شعبان لا يعتق لأن المغلّبَ هناكَ حكم الصفةِ.

---

(١) أخرجه الشافعي في الأم (٨/ ٦٢).
(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢١٤٩٦)، (١٠/ ٣٣٤).
(٣) لم أعثر عليه.
(٤) أخرجه الدارقطني في سننه (٤/ ١٢٢)، والبيهقي في الكبرى (٢١٤٩٧)، (١٠/ ٣٣٤).

فَرْعٌ

قالَ في «الأم»: وهكذا لو كاتبه ببلدٍ ولقيه ببلد غيره، فقالَ: لا أقبض منكَ في هذا البلد أجبر على القبولِ حيث كان إلا أن يكون في طريق فيه نهبٌ فلا يجبَرُ على أخذها منهُ، ثم قالَ: هذا في الدراهم، والدنانير فأمَّا في الحديد والنحاسِ والرصاصِ مما في حمله مؤنه فلا يلزمه أن يقبله ببلد غيره لأن للحمولة مؤنة بخلافِ الدنانير والدراهم، فإنه لا مؤنة لحملها، وقال لا فرقَ في هذا بين أن يأتي به في محلهِ أو معجلاً، فإن كانَ السيدُ في ذلك البلدِ لزمه قبوله، وإن لم يكن في ذلكَ البلدِ روعيت مسافة البلدين فإن كان بينهما قريبٌ [١١٠/أ] لا يُقصر في مثله الصلاة لزمه قبوله، وإن كانَ بعيداً فيه وجهان: أحدُهما: لا يلزمه لما عليهِ من الضرر في إبعاد مالهِ عن بلده، والثاني يلزمه قبوله لأن إحرازهما متماثلة واستيطان كل واحدٍ منهما ممكن.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»: ولا يكلف المكاتب أن يعطيه ذلكَ بغير البلد الذي كاتبه فيه فنص على أن المكاتب لا يجبرُ على دفع ما عليهِ في غير البلدِ الذي كاتبه فيه، وهو صحيح.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: وإذا حل على المكاتب شيءٌ فتأخر سنةً أو أكثر ولم يعجزه سيده، ثم قالَ سيده: لا أقبضه لأنه في غير وقته أجبر على قبضه إلا أن يبرأه منه لأنه حالٌ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: فإذا تدارك على مكاتبه نجمان أو أكثر ولم يعجزه السيدُ، ثم قالَ: أنا أعجزه، لم يكن له ذلكَ ويقال للمكاتب: أدّ جميع ما عليكَ قديماً وحديثاً فإن فعل، فهو على الكتابة، وإن عجز عن شيء من ذلكَ، فهو عاجزٌ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: فإن كانَ في طريقٍ خربةٍ وهي للتلصص أو بلد فيه يهب لم يلزمهُ قبولهُ إلا أن يكونَ في ذلكَ الموضعَ كاتبه فيلزمه قبوله لأن موضعَ العقدِ موضع التسليم إذا لم يذكر للتسليم موضعاً وهذا عند الحلول، فأمَّا إذا أتى به في حال الخوف قبل الحلول فقد ذكرنا.

فَرْعٌ آخرُ

ولو عجل له بعض الكتابة على أن يبرئه.

الفَصْلُ

إذا كاتب عبداً على ألف درهم فجاءَ بخمسمائة قبل الأجلِ، وقال: خذ هذه على أن تبرئني من الباقي لم يصح ذلكَ فإنه مضارع لربا الجاهلية، وذلكَ أن من كانَ له الدين إلى أجلٍ إذا حل دينُهُ يقول تقضي أو تربي، فإن قضى... وإن قالَ: أربي، زادَ في الدين وفسح له في الأجل، وهذا المعنى موجودٌ ههنا لأنه يسقط الحق في مقابلة نقصانِ الأجلِ [١١٠/ب] كما كانوا يزيدون في الدين في مقابلةِ الزيادة في الأجلِ وهذا لأن الأجال لا يجري عليها المعاوضات، فإذا ثبتَ هذا لم يصح القبض يسترجع المكاتب ما دفع إليهِ ويؤديهِ إذا حل الأجلُ ويرجع السيدُ إلى ما أسقط من المالِ.

فَرْعٌ آخَرُ

قالَ الشافعي رضي الله عنه: فإن أحبَّ أن يصح هذا فليرض المكاتب بالعجز، ويرض سيده بشيءٍ يأخذه قبل أن يعتقه، فيجوز فإن قال قائل: فإذا فعلِ هكذا ارتفعت الكتَابَةُ، وإذا ارتفعت فالسيدُ بالخيار إن شاءَ أعتقه وإن شاءَ لم يعتقه، قلنا: كذلكَ الأمرُ وما علينا من ذلكَ، وإنما أرادَ الشافعيُّ: حالة تراضيهما ليحصل العتق بقبض صحيح، وَيكون كالعتق على مالٍ معلومٍ لما عجز عن مثل ذلكَ في الكتابةِ وبه قال صاحب «الإفصاح» وغيره الاحتياط للعبد أن يقول السيدُ: إذا عجزت نفسك وأديت خمس مائة، فأنت حرٌ، فإذا عجز نفسَهُ وأعطى ذلك فهو حرٌ، ولا يمكن السيدُ الرجوع عنهُ وهذا أحوط مما ذكره الشافعي، وقيلَ: مرادُ الشافعي ما ذكر صَاحب «الإفصاح»، وقال أبو حنيفة: يصح هذا الشرط والبراءة وعتق العبد إذا فعل السيدُ ما قال العبدُ وهذا لأن مال الكتابةِ غير مستقر فلا يكون ديناً صحيحاً، ولا يكون هذا معاوضةً عن الأجلِ، فيحمل على أنهُ أخذَ بعضَهُ وأسقط بعضَهُ وخالفَهُ أبو يوسف وزفرُ، وهذا غلطٌ لأن هذا ربا لأنه بيع ألفٍ بخمسمائة على ما ذكرنا ولا شك أن هذا عوضٌ في العقدِ وعدم الاستقرار لا يدل على أنه ليس بدينٍ صحيح كالثمن قبل تسليم المبيع، فإذا تقرر هذا وفعل العبد ذلكَ وعتق يثبت بين السيد وبينه التراجع، فيحتسبُ له ما دفع من قيمته ويتراجعان الفضلَ لأنه جعل بدل العتق [١١١/أ] الخمسمائة، والتعجيز، فلا يجوز أن يكونَ التعجيز بدلاً عن العتق فكأنه أوقع العتق على بدلٍ فاسدٍ، فيسقط المسمى ويثبت التراجع بينهما.

واعلم أن المزني قال: قال الشافعيُّ في هذا الموضع: إن وضع وتعجل لا يجوز، وقال في موضِع آخر: إن وضعَ وتعجل جاز فأجازه في الدين، قال المزني: يجوز أحبّ إليَّ، قالَ أصحابنا: ليسَ ذلكَ على قولين، وإنما هو على اختلاف حالين فالموضع الذي

قال: يجوز في الدين على ما حكاهُ المزنيُّ هو أن يتعجل ويضع ولا يجعله شرطاً، فإذا كانَ كذلك فهو جائزٌ، والذي قال: لا يجوز إذا جعله شرطاً وهذا كما قال في كتاب الصُّلح: إذا كانَ له على آخرَ ألف درهم فأعطاهُ خمسمائة على أن يبرئهُ من الباقي لم يجز، وإن أخذ خمسمائة، وأبرأه من الباقي من غير شرطٍ جاز وبرىء، وقيل: أشار المزني إلى قولين، وهو غلطٌ منه وهذا لا يصح لأن المزني لم يعتقد إلا ما ذكرنا من غير إشكالٍ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ لمكاتبهِ إن أعطيتني ديناراً، فأنت حرٌ، فأعطاهُ ديناراً أعتق بدفعهِ ويغلّب حكم الكتابةِ بهِ فصار العتق فيها على عوضٍ فاسدٍ فيلزمُ المكاتب فيها قيمتَهُ ويرجع بما أداهُ من قبل مع الدينارِ الذي عتق بهِ من العبد ويتقاصان مع اتفاق الجنسين ويتراجعان الفَضلَ إن كان فيهِ وهذا لا يصح لأنه لا تصح المعاوضة على المكاتب.

بَابُ بَيع المكاتبِ وشِرَائهُ(١)

مَسْألَةٌ: قالَ: وبيعُ المكاتبِ وشراؤهُ في الشفعة لَهُ وعليهِ فيما بينَهُ وبين سيده والأجنبي سواءٌ.

جملةُ هذا أن المكاتب يصح بيعهُ وشراؤهُ من سيده وغيره لأن المقصود من الكتابةِ حصولُ العتقِ، [١١١/ب] وإنما يحصل العتق بالأداءِ والتصرفِ فوجب أن يمكن من ذلكَ ليحصل له المال فيؤديه به ويعتق فإن بيع شقصٌ في شركتهِ جاز له أخذه بالشفعةِ لأنه قد يكون له حظٌ في ذلكَ فوجب تمكينه من ذلكَ وله أن يأخذه من سيدهِ بالشفعةِ ويأخذ السيد منه بالشفعةِ لأن السيدَ ممنوع من التصرفِ في المال الذي في يده كما هو ممنوع من التصرفِ في مالِ الأجنبي، وقالَ أبو إسحق في عِلّتهِ: لأن المكاتبَ مالكٌ لما في يده دون سيده غير أنه ممنوع من إتلافِ ما في يده خوفاً من عجزه، وإلا فلا ملكَ للسيد في ذلكَ ما دام مكاتباً وقد يمنع الإنسان أن يتلفَ ملكه أو يفسده فلا يكون ذلكَ دليلاً على أن لا ملكَ له فكذلك المكاتب وَإن كانَ ملكه ناقصاً، فهو المالكُ والمتصرفُ ولو كانَ السيدُ هو المالك لتصرف هو فيهِ، وقامَ بتنميته دون المكاتب فلما كانَ التصرف إلى المكاتب علم أنهُ هو المالكُ ولكن لم يكمل ملكه فلم يكمل تصرفُهُ، وعلى هذا لو كاتبت امرأةٌ عَبدهَا فوطئها بشبهةٍ استحقت عليهِ مهرُ المثل، وإن كانا عالمين حُدّا فإنه لا شُبهة بينها وبين عبدها فكيفَ بينها وبين مكاتبها، وقد قال الشافعي في «القديم»: يملك المكاتبُ ما في يده.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/ ٢٣٥).

مَسْأَلَةٌ: قالَ: إلا أنَّ المكاتبَ ممنوعٌ مِنَ استهلاكِ مالِهِ، وأنْ يبيعَ بمَا لا يُتغابنُ الناسُ بمثلِهِ.

جُملة هذا أن المكاتب لا يهب مالَهُ ولا يبيعه بالمحاباةِ ولا يقرض بغير إذن السيد؟ لأنهُ ممنوعٌ من هذه الأشياءِ قبل عقد الكتابةِ وإنما استفادَ بالكتابةِ التصرفَ الذي فيهِ خطه ويتوصل به إلى تحصيل المقصود من العتق وهذه الأمور إتلاف للمال لا حظّ له فيها فيمنع منها كما منعَ منها قبل عقد الكتابةِ، [١١٢/أ] وإنما استفاد بالكتابةِ التصرف ولا فرقَ في الهبة بين أن يكونَ على مكافأةٍ أو غير مكافأةٍ لأنه لا حظ له في ذلكَ، لأن أكثر ما يجب من المكافأةِ على قول من يجبر ذلك قيمة الشيء الموهوب ويحتاج إلى تسليمه أو لا يطالبه بذلك، فلا حظ لهُ فيها، وقوله: إنه ممنوعٌ من استهلاكِ طلبهِ أراد بما ذكر من المحاباة أو الهبةِ، ولم يرد بهِ الإتلاف المحض لأن سائر الناس ممنوعون من ذلك أيضاً، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: للمكاتب والمأذون أن يبيعا ما عزّ وهان من الثمن كالوكيل المطلق بالبيع وكلامنا ههنا أظهر لأن هناك لفظاً عاماً وهو قوله بع ولم يوجد ذلك ها هناكالولي في مالِ الصبي، فإن فعل شيئاً مما ذكرنا بإذن سيده نصَّ في «الأم» ونقله المزني: أنه يجوز، وقال الربيع: فيه قولٌ آخر لا يجوز، ونصَّ في الخلع على المكاتبة إذا اختلعت بإذن السيدِ على مالٍ بذلته لم يجز، والخلع قريب من الهبة، فإنه إخراج المالِ بغير عوضٍ، واختلفَ أصحابنا في المسألةِ على طريقين: إحدهما: أنه ينقل جواب كل واحدةٍ من المسألتين ويخرج كلاهما على قولين: أحدهما، لا يجوز، وبه قال أبو حنيفة، لأن هذا المال غير مملوكٍ لسيدِ المكاتب، وملك المكاتب عليهِ ناقصٌ، فإذا وهبَهُ أحدهما وأجازه الآخر لم يجز كما لو زوج الأخُ أخته الصغيرة بإذنها لم يجز لأن ولايته عليها ناقصة، ولهذا لو أذن له السيدُ في وطيء جاريته، لم يجز لهُ وطئها، والثاني، وهو الأصح يجوز لأن المال لم يخرج من بينهما كالشريكين، في المال إذا وهبَ أحدهما بأن صاحبه جاز، ومن أصحابنا من حمل المسألتين على ظاهرهما، وهي الطريقة الثانية، فقالَ: [١١٢/ب] الهبةُ تجوز بإذن السيدِ والخلع لا يجوز، والفرق أن بالهبة يحصل الثوابُ، إما من جهة الله تعالى أو من جهة الآدمي بالمكافأة، ولا يحصل لها بالخلع في مقابلةِ المالِ الذي يخرجه من يدها عوض بحالٍ، فلا يصح ولهذا يندبُ إلى الهبةِ دون الخلع. وهذا ليسَ بشيءٍ والاعتماد على الطريقة الأولى.

فَرْعٌ

لو وهبَ المكاتب لسيده شيئاً فقبله فهما كإذنه فيها فيكون على قولين ونص في «الأم»: أنه يجوز، فإذا قلنا: يصح، فإن قلنا: تجبُ المكافأةُ في الهبةِ المطلقةِ يجب على السيدِ أن يكافئه فيدفعه إلى مكاتبه أو يحتسبُ بها من مال كتابته، وإن قلنا: لا تجبُ

المكافأةُ وروعي حال المكاتب، فإن أدى مال كتابتهِ من غيره استقر ملك السيد على الهبة، وإن عجز وكانَ في الهبةِ وفاءً بما عليهِ ففي رجوع المكاتب بها ليؤديها في كتابته فيعتق به وجهان: أحدهما: لا يرجعُ كالهبةِ للأجنبي، والثاني: يرجع لأن مال الكتابةِ مستحقٌ للسيدِ في كتابته فبأي وجهٍ صَارَ إليهِ استحق بهِ العتق، ولو وهبَ لولد سيدهِ، فإن كان صغيراً فالسيدُ قابلها، فيصير قبوله لها كإذنه فيها، فيكون على قولين، ولا يرجع بها المكاتبُ إن عجز ذكره في «الحاوي».

فَرْعٌ آخرُ

قد ذكرنا أن نكاح المكاتبِ يجوز بإذن السيدِ وكذلكَ نكاح المكاتبة، وقال القفال: لا يصحُّ نكاحها بحالٍ، وإن زوجها سَيّدها بإذنها قولاً واحداً لأن ملك السيد فيها ناقصٌ، وهي في نفسها ناقصة. وقال بعض أصحابنا بخراسان: [١١٣/أ] المشهور أنه لا يجوز وفيه وجهٌ آخرُ أنه يجوز وكأنهما يبنيان على تبرعات المكاتب، وهذا غير صحيح عند أصحابنا بالعراقِ. قال القفالُ: ولايجوز أيضاً تزويج أمةِ المكاتب وإن كانَ بإذن المكاتب، ولا يجوز للسيد أن يتزوج بأمةِ مكاتبهِ ولو تزوج بأمة ثم كاتب عبداً، ثم اشترى المكاتب تلك الأمة لم يبطل النكاح، وكذلكَ لا تتزوج المرأةُ بعبد مكاتبها ولو تزوجت بعبدٍ فاشتراه مكاتبها أو مكاتبتها لم تبطل كما لو اشترى لابنه زوجة ابنه لا يبطل، وقد ذكرنا فيما مضى وجهاً آخرَ أنه يبطل النكاح كما لا يجوز ابتداء النكاح وهو الأقيسُ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وَلاَ يكفر فِي شَيءٍ مِنَ الكفَاراتِ إلاَّ بالصَّومِ.

قد ذكرنا هذا فيما تقدم لأن له غنية عن التكفير بالمالِ بأن يكفر بالصّوم فلا يجوز له إتلاف المال بغير إذن سَيده فيما لا حاجة له فيهِ، فإن أذن له السيّدُ في التكفير بالمالِ، فإن كان بالإطعام، أو الكسوة، وقد ذكرنا قولين بناءً على أن العبد يملك بالتمليك أم لا، وقيل: إنهما مبنيان على القولين في تبرعاته بإذن سيدهِ، ولو أذن له في التكفير بالإعتاق لا يجوز.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وإنْ باعَ ولم يتفرقا حتى ماتَ المكاتب وجبَ البيعُ.

ظاهرُ هذا أن خيار المجلسِ ينقطع بالموتِ، وقد ذكرنا ما فيهِ من الطرق في كتاب البيع، واختار ابن أبي هريرة أنه يقوم السيدُ مقامَهُ. وقوله: وجب البَيعُ أرادَ لا يبطل البيعُ بموتهِ، ويقوم السيدُ مقامَهُ فيهِ، [١١٣/ب] قالَ: وهذا أصح التأويلاتِ، وقال القاضي الطبريُّ: هذا مخالفٌ لكلام الشافعي في «الأم»، وذلكَ أنه قال: لو باع المكاتبُ، أو اشترى شراءً جائزاً على أن المكاتب بالخيار ثلاثاً، أو أقل فلم تمض أيام الخيار حتى مات المكاتب قامَ السيدُ في الخيار مقام المكاتب في رَد البيع وإمضائه، ولو باعَ أو اشترى شراءاً

جائزاً بلا شرطِ خيار، فلم يفترقا عن مقامهما الذي تبايعا فيهِ حتى مات المكاتب وَجب البَيعُ لأنه لم يخترالرد حتى مات، فالبيع جائز بالعقد الأول ففَرق الشافعي بين خيار الشرط وخيار المجلس، فلم يصح ما قالَ هذا القائل، والظاهرُ منه قولٌ آخرُ وأن المسألةَ على قولين، وأمّا خيار الشرطِ، فالفرق بينه وبين خيار المجلسِ أنهُ يختصّ بالعاقد ولا يتعداهُ وخيار الشرط لا يختص بالعاقد فإنهُ يجوز شرطه لغير العاقد فجاز أن يقوم السيدُ فيهِ مقام المكاتب.

مَسْألَةٌ: قالَ: ولا يبيعُ بدينٍ.

اعلم أنه لا يجوز للمكاتب أن يبيع شيئاً بثمن مؤجل لأن فيه تغريراً بالمالِ إذ يخرج السلعةُ من يده ويستبدل مكانها ما لا يمكنه التصرفُ فيه، وقال في «الأم»: ولا يبيعُ بدينٍ، وإن كثر فضله فيه بحالٍ، وإن رهن عبده وأخذ حميلاً لأن الرهن يهلك والغريم والحميل يفلس فلا يجوز فإن كانَ بإذن سيده، قال في «الأم»: يجوز وفيه قولٌ آخرُ على ما ذكرنا في التبرعاتِ، وقالَ بعض أصحابنا: يجوز أن يبيع ما يساوي مائةً بمائةٍ وعشرين، ويقبض المائة وتبقى العشرونَ إلى مدةٍ وللمكاتب أن يشتري بالدين لأنه ليس فيه تغرير عليه، وإنما التغرير على البائع، وهذا إذا لم يطلب منه الرهن به، [١١٤/أ] وبيع منه ما يساوي بيع مثل الأجل لأنه لا يكون غبناً.

وإن بيع منه مؤجلاً، فأولى وأجوز وهكذا له أن يستسلم في ذمته لأن له فيه خطأ إلا أنه لا يجوز أن يدفع بذلكَ رهناً لأن الرهن أمانة في يده فربما يتلف ولا يضمن ذلكَ، ويبقى الدين في ذمته على حالته وله أن يستسلف يعني يستقر بين من ليس له أن يرهن في القرض، ولا يجوز أن يقرض ماله، ولا أن يسلف في طعامٍ لأن ذلك دين قد يتلف، وقال في «الأم»: ليس له أن يضارب أحداً، وإن كان أميناً لأنهُ يخرج من يده إلى غيره مالاً ربما لا يصل إليه بأن يموت الرجل أو يجحد أو يفلس. قال أصحابنا: وله أن يأخذ المال من غيره قراضاً.

قال الشافعيُّ: وله أن يبيع بخيار الثلاث إذا قبض الثمن لأن البيع مضمونٌ على قابضهِ، إمَّا بالثمن أو بالقيمة، وهذه إشارة إلى قولي الملكِ إن قلنا: إن الملك للمشتري فمضمون بالثمن، وإن قلنا: للبائع فمضمون بالقيمةِ.

وقال القفالُ: لو اشترى أو باع شيئاً لم يسلم ما في يده حتى يتسلم العوض إلاّ أن يسلم المسلم العوض في الحالِ أو المجلس فذلك القدر لا يمكن الاحتراز عنه، وعلى هذا قال بعض أصحابنا بخراسان: يصحّ منه السلم الحال فيتسلم العوض في الحالِ، وهذا بعيدٌ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولا يهبُ لثوابٍ.

وقد ذكرنا ذلكَ ووجهه أن الهبةَ في الأصلِ عقد تبرعٍ، ومذاهب العلماءِ مختلفة في الثواب ومقداره إذا لم يكن مسمى أحدهما ما يليق به، وهو الأظهر، ولا فائدة فيه ويتأخر ذلكَ عن الهبةِ كما ذكرنا.

والوجه الثاني: أنه يكفي ما يقع عليهِ الاسم وهذا إضرار به، وفي أصلِ الهبة بشرط الثواب قول آخرُ [١١٤/ب] إنه باطلٌ ولهذا لا يجوز لولي اليتيم أن يهب بشرط الثواب، وقالَ بعضُ أصحابنا: نص الشافعيُّ رضي الله عنه أنه تجوز تبرعاته بإذن السيدِ ونصَّ أنه لا تجوز هبته بشرط الثواب أصلاً، وهذا لأنه إن كانَ الثواب مجهولاً ربما يرى بعضُ القضاة أنه يكفي في الثواب ما يقع عليهِ الاسم، وبه قال أبو حنيفة، وإن كانَ الثوابُ مَعلوماً، فهو يسلم قبل قبض الثواب، وهذا غير صحيح بل كلاهما على قولين إذا وجد إذن السيّدِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وإقرارُهُ في البيعِ جائزٌ.

إنما جاز إقراره لأنه من أهل ابتدائه فكانَ من أهلِ الإقرارِ به كالحرِّ. قال أصحابنا: وإنما يجوز ذلكَ ما دامَ مكاتباً، فإذا خرج من الكتابةِ لا يقبل إقراره كما لا يقبل قول الحاكم إذا عزل فيما حكم به، وليس هذا كإقراره الجناية لا يقبل لحق السيد إذا تعلّق بالمالِ لأن السيد لم يسلط عليه بعقد الكتابة، وإن أقرّ السيدُ عليهِ بالجنايةِ لا يقبل أيضاً لأنه لا سبيلَ له على مالهِ غير أنه إن أعجزه يوماً أخذ بإقراره ليقضي دين الجنايةِ من مالهِ، أو من رقبته.

فَرْعٌ

لو أقرّ المكاتب بالشراء بعدَ العجز فإن كانَ بريء من الثمنِ بدفع أو إبراءٍ يقبل بخلاف ما لو أقرّ بالبيع لا يقبل لأن فيه إزالة الملك، وفي الشراء إثبات الملك، وإن كان الثمن باقياً، فإن كان بقدر قيمةِ السلعةِ نفذ وإن كانَ أكثر فإن كانَ لمعاينة فيه عند الشراء نفذ والشراء مردودٌ، وإن كان بسببٍ حادث من نقص سعرٍ أو حدوث عيبٍ ينفذ الإقرار ويلزم الشراء لأن زيادة الثمن إذا عجز عنها تعلقت بذمته.

وكذلك إقراره بالدين مقبولٌ لأنه بالكتابةِ سلطه على ما أفضى إليه، فإن عجزَ ما [١١٥/أ] بيده عن آدائهِ كانَ في ذمتهِ يؤديهِ بعد عتقهِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو كانَ على مولاهُ دنانيرَ ولمولاهُ عليهِ دنانيرَ فجعلَا ذلكَ قِصاصاً جازَ.

اعلم أنه إذا حل للسيد على مكاتبهِ نجمٌ من مال الكتابةِ وكان له على سيده من جهةِ

المعاملةِ دينٌ لم يخلِ من أن يكون أحد الدينين من جنس الآخر، أو من غير جنسهِ، فإن كانَ من جنسه ففيهِ أقوالٌ. والمنصوصُ في التصرّف أنهما لا يتقاصّان، وإن تراضيا بهِ، وإن كانا من جنسين مختلفين لا يسقط أحدهما بالآخر قولاً واحداً لأن الجنسين لا يتقاصّان، وَلهذا لا يجوز أن يحيل بغير جنس ما عليهِ من الدين.

ولأنه كما يكون ديناً بدين فلم يجز.

فإذا ثبت هذا فلا يخلو من ثلاثةِ أحوالٍ، إمّا أن يكونا جميعاً نقدين كالدراهم والدنانير، أو يكونا عرضين، أو أحدهما نقداً، والآخر عرضاً، فإن كانا نقدين لا يحتاج إلى قبض الحقين معاً، بل يقبض أحدهما من صَاحبهِ ثم يردُّه عما له في ذمتهِ لأن دفع العرض عن الدراهم والدنانير التي في ذمته يجوز.

وإن كانا عرضين لا يجوز حتى يقبض كل واحدٍ منهما ماله على صاحبه، فإن أخذ أحدهما من صاحبهِ ما عليهِ لم يجز أن يرده عليهِ بالجنس الذي له عليهِ لأنه بيعُ العرض قبل القبض إلا أن يكون ذلكَ من جهةِ العوض، فيجوز، وهذا ليس بقرضٍ لأنه لا يجوز ذلكَ من المكاتب فيشبه ذلكَ المسلم فيه.

وإن كان أحدهما نقداً، والآخر عرضاً فإن أحضر الذي عليه العرض وسلمه إلى صَاحبهِ، فقبضه جاز لهُ أن يرده عليهِ بماله في ذمته من النقدِ، وإن أحضر الذي عليهِ النَقْدُ [١١٥/ب] وسلمه إلى صَاحبهِ لم يجز له أن يرد عليه بالعرضِ الذي له في ذمتهِ إلا أن يكونَ العرضُ عليهِ من جهة القرضِ على ما ذكرنا.

فَرْعٌ

قالَ في «الأم»: ولو كانت لمكاتبه على رجلٍ مائة دينار فحلت عليهِ لسيده مائة دينار فأرادَ أن يبيعه المائة التي عليهِ بالمائةِ التي على الرجل لم يجز، ولكن إن أحاله على الرجل فحضر الرجل ورضي السيد أن يحال عليهِ بالمائةِ جاز، وليسَ هذا بيعاً وإنما هذه حوالةٌ، فاجاز الشافعي الحوالة بما في ذمةِ الغير ومنع من بيعهِ.

وعلى هذا إذا كانَ له في ذمةِ رجلٍ طعامٌ، أو ثيابٌ من جهةِ القرض فباعَهُ من غير من هو عليه لم يجز، وكذلك إذا اشترى من إنسانٍ سلعةً بدين له في ذمةِ غير البائع لم يجز، وقالَ في «الإفصاح» في آخر كتاب الحوالةِ: ذهبَ بعض أصحابنا إلى جواز ذلكَ وهذا خلاف النصّ، ولأنه لا يقدر على تسليم ما في ذمةِ غيره.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»: ولو حلت على مكاتب نجومُهُ فسأل السيدَ أن يعتقه ويؤخره بما عليهِ فأعتقهُ كان العتق جائزاً، واتبعَهُ بما عليهِ ديناً وكذلك لو كانت النجومُ إلى آجالٍ فسألَهُ أن يعتقهُ وتكون النجوم ثابتةً، فأعتقهُ جاز ويكون دينه عليهِ في الكتابةِ بحاله.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وإنْ أعتقَ عبدَهُ، أو كاتبَهُ بإذنهِ.

الفَصْلُ

جُملتهُ أنه إذا كاتب عبداً ثم اشترى المكاتب عَبداً وأعتقهُ بغير إذن السيّدِ لا يجوز بلا خلافٍ، لأنه إتلافٌ للمالِ، وهكذا إن كاتبَهُ بغير إذنهِ لا يجوز لأنه يجري مجرى الإعتاق بدليل [١١٦/أ] أنها في حق المريض من الثلثِ كالإعتاق. وقالَ أبو حنيفة: تجوز كتابته، وَهذا لا يصح لما ذكرنا، وأمّا إذا أعتقَ، أو كاتب بإذن سيده، هل يصح فيهِ قولان: أحدهما: لا يصح لأن العتق إنما يصحُّ من مالكٍ تام الملكِ، وليس لهُ ذلكَ لأنّهُ يقتضي الولاء وهو مملوكٌ لا يثبت الولاء له لأنه يجوز أن يعتق فيثبت عليه الولاءُ ومن كانَ ممن يثبت عليه الولاءُ لا يجوز أن تثبت له الولاء، والثاني: يجوز لأن إيقاع الحرية تمليك العبد نفسه فملكه بإذن السيد كالهبةِ، وهذان القولان من فروع التبرعات. وقال القفالُ: إن قلنا: تبرعاته لا تجوز بإذن سيده فهو أولى أن لا يجوز، وإن قلنا: ذلك يجوز فههنا قولان. وحكى المزني عن «الإملاءِ» على مسائل مالكٍ أنه قالَ: إذا كاتب المكاتب عبده لا يجوز، وإذا أدى المال لم يعتق كما لو أعتقَهُ لم يعتق، ثم اختار هذا القول، وهذا التشبيهُ مشكلٌ لأنه يوهمُ فرقاً بين الكتابةِ والعتق، وليس كذلكَ لأن القولين في إعتاقه كالقولين في كاتبِهِ فيحتمل أن يكونَ مرادهُ بقوله: كما لو أعتقَهُ لم يعتق إذا كان بغيرِ إذن سيده ولا يبعد أن يقيس الكتابة في حالِ إذن السيد على الكتابةِ في حالة عدم الإذن أو على الإذن في حالة عدم الإذن يعني: نقصان ملكه في الحالين، وقيلَ: قَصد الشافعي أن يبين أن الكتابة تبرع كالإعتاق، فلا يصح من المكاتب دُونَ إذن سيده كيلا يظن ظانٌ أن الكتابةَ كالبيع فتصح دون إذن السيد، وقيل: هذا لأن للشافعي قولين في كتابةِ المكاتب عبده، وفي إعتاقهِ بإذن السيّدِ قولان ولكن نَصَّهُ في «الإملاء» يدل [١١٦/ب] على وجوب الترتيب وكيفية الترتيب ما ذكر القفالُ، والفَرقُ أنَّ بالكتابة يستفيد عوضاً وفي زيادةِ مالهِ منفعة سيده ولا يستفيدُ بالإعتاق عوضاً، فافترقا، وقال أبو إسحق: القياسُ ما اختار المزني لولا ما فيه من الشفعةِ، فإذا قلنا: لا يصح، فالعتق لا ينفذُ والكتابة باطلة والعبدُ باقٍ على ملكهِ فإن أدى المال إليهِ لم يعتق لأنّهُ إنما العتق في الكتابة الفاسدة بأداءِ المالِ إذا كانَ السيّدُ ممن يملك العتق المباشر وههنا لا يملكُ ذلك، وإذا قلنا: يصح العتق والكتابة تصح أيضاً، فأدى المال وعتق وهو

بعد لم يعتق، فلمن يكون الولاءُ قولان: أحدهما: إنه موقوفٌ، فإن عجز المكاتبُ كان للسيدِ، وإن أدى وعتق كان له لأن حكم المكاتب في نفسهِ وماله موقوفٌ ولأن المكاتب باشر العتق فيستحيل أن يكون الولاءُ للسيد الذي لم يباشره فيوقَفُ عليه، ثم صَوّرَ الشافعيُّ رضي الله عنه فائدةَ الوقف فقالَ: فإن مات عبد المكاتب المعتق بعدما عتق وقِفَ من ميراثه في قولِ من يقف الميراث لما وصفتُ، فإن عتق المكاتب الأولُ فهو له، وإن مات أو عجز فلسيدِ المكاتب إذا كان حيّاً يومَ يموت، وإن كان ميتاً فلورثته من الرجال ميراثه، وإنما قالَ من الرجال لأن النساءَ لا يرثن بالولاءِ إلا في مباشرة العتاقِ. وقالَ أبو حامدٍ على هذا القول: في هذه المسألةِ قولان: أحدهما، ما ذكرنا، والثاني ميراثه لسيده لأن الولاءَ يجوز أن يتوقف فيثبت لشخصٍ ثم ينجرّ الولاءُ إلى غيره والميراث لا يجوز لأن يتوقف قط، [١١٧/أ] ولأن السيّدَ وارثٌ في الحالِ، فلم ينتظر في المكاتب أن يصير وارثاً كالحرٌ إذا مات وخلفَ أباً مملوكاً وجداً حرّاً كان ميراثهُ لجده ولا يوقفُ على عتق أبيهِ، وقالَ أصحابنا: هذا القول بعيد لأنه يؤدي إلى توريث السيّدِ من هذا المعتق بلا نَسبٍ ولا ولاءٍ، وهذا لا يجوز، وذكر القفالُ وجهاً آخرَ أنه يصرف ماله إلى بيت المالِ، وهذا الوجه الأول أبعدُ، والقول الثاني: الولاءُ لسيد المكاتب وبه قال أبو حنيفة، لأن العتق إذا كانَ معيناً لم يجز أن يكونَ الولاء موقوفاً كما لا يجوز أن يكونَ النسبُ موقوفاً مع تعيّن الواطىء، وإذا لم يثبت في الحالِ بطل النسبُ وكذلكَ الولاءُ والمكاتب في الحالِ من أهلِ الولاءِ والسيد من أهلهِ فثبت له. قال القفالُ: وعلى هذا يجب أن يجري عن كفارة السيّدِ إذا نوى وأعتقه المكاتب بإذنه، ومن قال بالأولِ أجابَ عن هذا بأن النسبَ قد يقفُ على بيان القافةِ أو على الانتساب إذا لم يكن قافةٌ، فكذلكَ الولاءُ يجوز أن يوقفَ ولأن الفرق بين النسبِ والولاءُ ظاهرٌ لأن الولاءَ ينتقل بالجر من مولى الأم إلى مولى الأب بخلافِ النسبِ، ولو أدى المكاتب الثاني المال بعدما عتق المكاتب الأول، فالولاءُ للمكانب الأول إذا جوّزنا تلك الكتابة لأنه يوم العتق من أهل الولاءِ.

فَرْعٌ

إذا قلنا: الولاءُ للسيّدِ فلا فرق بين أن يعجز المكاتبُ بعد ذلك لو أدى المال وعتق فقد استقر الولاءُ على السيّد فلا ينتقلُ هكذا قال أصحابُنا. وقالَ في «الحاوي»: حكى ابن أبي هريرة أنه إذا عتق المكاتبُ [١١٧/ب] بعده بالأداءِ هل يجر ولاء معتقه، وينتقل عن سيده إليه؟. اختلف أصحابنا فيه على وجهين: أحدهما: ما ذكرنا كما لا يجوز أن ينتقل النسبُ، والثاني: يجره لأنه باشر العتق، وإذا جاز أن ينتقل ههنا، وقد باشر العتق وهناكَ لم يباشره.

فَرْعٌ آخرُ

إذا أعتق المكاتب عبده عن سيده أو عن غير سيده بإذن سيده ففيه قولان. قال أبو حامدٍ: الصحيح ههنا أنه يعتق والصحيح في عتق المكاتب عن نفسهِ بإذن سيده أنه لا يعتق لأنه ليسَ من أهلِ الولاءِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وبيعُ نجومهِ مفسوخٌ.

الفَصْلُ

جملة هذا: أنه إذا كاتب عبداً على مالٍ ثم إن السيد باع ذلك المال الذي له في ذمةِ المكاتب نص الشافعي ههنا، وفي «الأم» وعامةِ كتبه: أنه لا يجوز، وبه قال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد، وقال مالكٌ: يصح ذلك لأن السيّد يملكها في ذمةِ المكاتب صار كسائر أموالهِ وهذا غلطٌ لأن النبي ﷺ «نهى عن بيع ما لم يقبض»[1] وهذا عوضٌ غير مقبوضٍ، فهو بمنزلة المسلم فيهِ، ولأنه ليس بلازمٍ ومتى شاءَ المكاتب أسقط ذلكَ عن نفسهِ، وقال أبو إسحق: أومأ الشافعيُّ في «القديم» إلى جوازه أيضاً ولكنه فاسدٌ لا وجه له، وقيل: قال في «القديم» في بيع المكاتب، هل يجوز قولان، فإذا قلنا: يجوز يجوز بيع رقبته أيضاً، وَهذا البناءُ لا يصحُّ لأن الغَرر في المالِ الذي في الذمة أكثر منه في الرقبةِ فلا يصحُّ بناءُ إحدى المسلمتينِ على الأخرى [١١٨/أ].

وقيل: قال في بيع الديون وهبتها قولان أخرجهما ابن سريج، فههنا كذلكَ وهذا خطأ أيضاً لأن ذلكَ في الدين المستقر اللازم. والصحيح أن المسألةَ على قولٍ واحدٍ أن البيعَ باطلٌ.

فَرْعٌ

إذا قلنا: إن البيع باطلٌ فالمشتري لا يملك مطالبة المكاتب بشيء ولا يجوز للمكاتب أن يدفع إليهِ أيضاً، فإن جمع مالاً ودفعه إلى المشتري، فهل يعتق؟، قال الشافعي ههنا، فإن أدى المال إلى المشتري بأمر سيده عتق كما يؤدي إلى وكيله فيعتق، وقالَ في «الأم»: لا يعتق لأن أصل البيع باطل، وليس هذا كرجل وكله سيد المكاتب لأنه يأخذه لنفسهِ دون السيد بدليل أنهُ يضمن واختلف أصحابنا في هذا، فقال ابن سريح: ينبغي أن يخرج على قولين: أحدهما: لا يعتق وإن أدى إلى المشتري بإذن السيدِ لأنه أذن له أن يقبضه لنفسه لا

---

(١) تقدم تخريجه.

للسيدِ، والذي على المكاتب أن يدفع إلى السيد أو إلى من يقبضهُ له بإذنهِ، وهذا لا يصح، والثاني: يعتق صرح البائع بالإذنِ، أو لم يصرّح لأنه قبضَهُ بإذنه وتسليطه كالوكيل، فإذا قلنا: يعتق فقد برئت ذمته من مال الكتابةِ، لأنه ما عتق إلا بعد براءةِ ذمتهِ من المالَ وتبقى المنازعة بين السيد وبين المشتري في المالِ الذي قبضه من المكاتب وفي الثمن الذي دفعه المكاتبَ إليهِ فإن كانَ المال الذي قبضَهُ المشتري، والثمن الذي دفعه المشتري باقيين يرجع المشتري بما دفع واسترجع منه ما أخذ وإن كانا تالفين حصل التقاص بينهما فيما تساويا فيه [١١٨/ب] ورَجع أحدهما على صَاحبِهِ بالفَضل الذي بقي له، وإذا قلنا: لا يعتق فإن ذمته لا تبرأ من مال الكتابةِ فيستحق السيد مطالبته بمال الكتابةِ، ويستحق هو مطالبة المشتري بما دفعه إليهِ ويستحق المشتري مطالبة السيد بالثمن الذي دفعه إليهِ. وقال أبو إسحق: المسألة على اختلاف حالين، فالذي قالَ يعتق: أرادَ إذا باع المال منه وأمرَ المكاتب بدفعهِ إليهِ، فيكون قد قبضه بأمرة ويعتق، والذي قال لا يعتق: أراد به إذا باعه مطلقاً، ولم يأمر المكاتب بالدفع إليه، فلا يعتق لأنه لم يوجد من السيد صريح الإذن بالدفع، وإنما البيع تضمن ذلكَ، فإذا بطل البيع بطل ما تضمنه. قال: وهذا هو الظاهرُ لأن الشافعي في «الأم» لم يشترط إذن السيد في دفعهِ إلى المشتري وشرط فيما نقل المزني الإذن لأنه قال: فإن أدى إلى المشتري بأمر سيده. قالَ أبو إسحق قلت لابن سريج هذا، فقال: ما تبين لي أن يكونَ بينهما فَرقٌ لأنه لا فرق بين أن يأذن في الدفع أو يلزمه بعقد سيدهِ الدفع، ومن لفظ بالعقد فقد أذن في دفعهِ، فقلتُ: هذا يمكن أن يقال لأنه إذا لم ينصّ على الدفع فالدفع لا يلزمه وإنما دفعَهُ متأولاً، وقد كانَ يمكنه أن يحترز منه بأن لا يسلمه إليهِ إلا بإذن ينص له السيد عليه، أو يحكم به عليه حاكم، فلا يعتق ويدل على هذا أنه لو أعتقه لم ينفذ عتقه ولم يجعل بمنزلة العتق بإذن السيد وإن كانَ العقد يتضمن تصرفه بالعتق وغيره، واختار القاضي الطبري طريقة أبي إسحاق.

مَسْألَةٌ: قال: وليسَ للمكاتبِ أنْ يشتريَ مَن يعتقُ عليهِ.

الفَصْلُ

جملة هذا: أن المكاتب إذا اشترى [١١٩/أ] من يعتق عليه بحكم القرابة كالآباءِ والأمهات وغيرهم، فإن كان بغير إذنِ سيده لا يصح الشراء قولاً واحداً. وقال أبو حنيفة وأحمد: يصحّ الشراء، وقال أبو حنيفة: القياس أن له أن يتصرّف بعد الشراء ولكني أمنعه من ذلك استحساناً، وهذا لا يصح لأنه استهلاكٌ وإتلاف إذ يخرج من يده ويجوز له التصرف فيه وأداءُ نجومهِ منه ويأخذ عوض ذلكَ مالاً يمكنه التصرف فيه، وذلكَ ضربٌ من إتلاف

المالِ، وإن كان بإذن سيده. قال عامةُ أصحابنا: فيه قولان كالتبرعات بإذن سيده، وقال أبو إسحق: يصح ذلك قولاً واحداً، والفَرقُ بينه وبين التبرعات في أحدِ القولين، أن التبرعات لا يحصل له عوض بوجه فهي إتلافٌ محضٌ فلا يصح العوضُ، وهو أن هذا العبد يصير ملكه ويكتسب فيستعين بكسبهِ وربما يحق عليه، فيأخذ هو أرش الجنايةِ ويؤدي ذلكَ ويعتق هو معه فتحصل له المنفعة بذلكَ، فجاز والطريقة الأولى أصح لأن هذا العوض غير مقصود ولا متحقق، ولو كانَ كما قال أبو إسحق لجاز أن يشتريه بغير إذن السيد وليس هذا بأكثر من الهبةِ بشرط الثواب وقد نص الشافعي أنه لا يجوز ذلك على القول الذي يقول لا يجوز هبته بإذن السيدِ. وحكي أن أبا إسحق، قال: وينبغي أن يكون على قول له شراؤه بالإذن لأنهما لو اجتمعا على إتلاف المال جاز فجعلَهُ أبو إسحق بمنزلة الإتلاف فيكون مع الإذن كالهبةِ فلا فرق على هذا بين ما قال أبو إسحق وبين ما قال غيره.

فَرْعٌ

إذا قلنا: يصح الشراء لم يكن له بيعه وكانَ موقوفاً على كتابته، فيقف عليه بحكم الملك دون النسب، ولأنهُ [١١٩/ب] لا يجوز أن يملك ثمن والد، وحكي عن ابن أبي هريرة أنه قال: يجوز بيعه لأنه يملكه وللسيد فيه حق، وهذا يلزم إذا استولد أمته، فإن ابنه ملكه ولا يجوز له بيعه.

فَرْعٌ آخرُ

قال الشافعي رضي الله عنه: وله أن يقبلهم إن أوصى لهم به ويكسبون على أنفسهم.

وجملته: أنه إذا أوصى له بهم فأراد أن يقبل الوصية ينظر فإن كان ممن يجب عليهِ نفقتهُ بأن يكون زمناً، أو شيخاً ضعيفاً كبيراً، أو طفلاً صغيراً لم يجز له قبول ذلكَ لأنه يستضر بوجوب النفقة عليه ولا ينتفع بشيء ولا فرق بين أن يزن ما فيه يده من ثمنه، وبين أن ينفقَ عليهِ منه، وإن كان جلداً مكتسباً يقوم كسبُه بنفقته فله أن يقبل ذلكَ بل هو مندوبٌ إلى ذلكَ لأنه لا يستضر به بل فيه تكسبٌ، لأنه ينتفعُ بفضل كسبهِ، وقد قالَ الشافعي: يأخذ فضل كسبهِم وما أفادوا يعني: كل مالٍ استفادوه فكالكسبِ، وإنما يأخذ ذلكَ لأنه بملكهُ وليس بحرٌ، فإن قيل: يجوز أن يزمن أو يمرض، ولا يكون له كسب، فيكون ضرراً على المكاتب، قلنا: الاعتبار بالحالِ دون ما يجوز أن يحدث في الثاني من الزمانة والعجز، وقال الصيمريُّ: إذا أوصى له بابنه الزمن ولا كسب له، له أن يقبل في أصح الوجهين لأنه يجوز أن يحدث له اكتسابُ بغير عملٍ، وربما يصح فيعمل، وهذا ضعيفٌ لأنه خلاف الظاهر في الحالِ، وهذا غريب.

فَرْعٌ آخَرُ

لو قبله وكان له كسبٌ فزمن أو مرض لزمهُ أن ينفق عليهِ مما في يده لأنه عبده وملكه، فإن قيل: أليس لا يلزمهُ أن ينفق على أقاربهِ؟، قلنا: الفَرقُ أن نفقة الأقارب مواساةٌ بخلافِ هذا [١٢٠/أ].

فَرْعٌ آخَرُ

لو جنى واحدٌ منهم في يده، قالَ الشافعي: وإن جنوا لم يكن له أن يفديهم وبيع منهم يقدر جناياتهم وهذا لأن المفاداة بمنزلة الشراء لأنه إخراج مال في مقابلتهم فكما لا يجوز ذلك لا يجوز هذا، فإن كان بإذن سيده يكون قولان أيضاً كما في الشراء وهكذا الحكم إذا وهبَ لهُ واحد من هؤلاءِ، فقبل ذلك.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولا يجوزُ بيعُ رقبةِ المكاتبِ.

اختلفَ قول الشافعي رضي الله عنه في بيع رقبة المكاتب، فقال في القديم: يجوز ولا أعرفُ لمن منع منه وجهاً، وبه قال عطاءٌ والنخعي وأحمد، وقال في «الجديد»: لا يجوز بيعه، وهو الصحيحُ، وبه قال مالكٌ والثوريُّ وأبو حنيفة وأصحابه. وقال الزهري وربيعةُ: إن باع رقبته بإذنه صح البيع وإن باع من غير إذنه لم يصح، وروى الطحاوي هذا عن ابن أبي عمران عن أبي يوسف، واحتج عطاءٌ بخبر بريرةَ، ولأنه بمنزلة العبد القِن في عامّةِ أحكامهِ، فكذلك في جواز البيع وهذا خطأً لأن الكتابة عقد يمنع رجوع أرش الجناية عليهِ إليهِ فيمنع كالبيع، وإذا قلنا: يصح يكون مكاتباً كما كان فإن أدى المال إلى المشتري عتق والولاء للمشتري بخلافِ وارث المكاتب إذا قبض النجوم، وصار حراً يكون الولاء للمورث، لأن الوارث يقوم مقامهُ وينبني ملكه على ملكه بخلافِ المشتري، وإن عجز كان رقيقاً للمشتري، وقال أبو ثور: يجوز بيعه وولاءُهُ إذا عتق للبائع، وهذا غلطٌ لما ذكرناه ومن أصحابنا من أنكر هذا القول، وذكر أن المسألة على قولٍ واحدٍ إنه لا يجوز وذلكَ القولُ مرجوع عنه، وذلك لأنه قد باعَهُ [١٢٠/ب] بالعقد الذي عقد عليهِ ومنعَ من المكاتب ومن كسبهِ، وقد ملكَ المكاتبَ ذلكَ إلى أن يعجز فيعود في الرق، فإذا باع رقبته باع ما لا يملكه، فلا يجوز ذلكَ ولو كان هو مالكاً لرقبته لكانت منافعه له ولكان له وطئها إذا كانت أمةً. قال الشافعيُّ: فإن قيل: بيعت بريرة وقصتها قد ذكرنا، ثم أجاب الشافعي، فقال: لعلها عجزت وهي المساومة بنفسها عائشة رضي الله عنها والمخبرة بالعجز والراضية بالبيع، وشرح أبو إسحق هذا، فقال: عائشة رضي الله عنها إنما اشترت بريرة بعد العجز لأن عقد الكتابة يلزم السيد ولا يلزم المكاتب وله أن يفسخه، أي وقت شاءَ، فلما كانت بريرة هي التي سفرت بينها

وبين مواليها، وهي المساومةُ والمطالبة من عائشة أن تشتريها فقد علم أن ذلكَ رضى منها بفسخ الكتابة، وأنها عجزت نفسها ورغبت في عتق معجل يعينها على التصرف والتكسب للحرية فكانَ هذا أحظى لها وأعود عليها، ومن أصحابنا من قالَ: إنها عجزت عن آداءِ نجمها وشكت إلى عائشة ذلكَ، فباعها مواليها، فكانَ لهم تعجيزها وفسخ كتابتها فكان بيعهم فسخاً للكتابة، كما إذا باع البائع المبيع في مدة الخيار كان فسخاً للبيع الأول.

فإذا تقرر هذا فعلى هذا لو باعه قبل العجز، فأعتقه المشتري، قال في «الأم»: كان عتقه باطلاً، ولو دفع النجومَ إلى المشتري هل يعتق، فيه قولان على ما ذكرنا في بيع النجوم، ولو باعه قبل أن يرضى بالعجز ثم رضي، قال في «الأم»: كان البيع مفسوخاً حتى يحدث له بيعاً بعد رضاه بالعجز ولو باعه وماله من رجلٍ نزع مال الكتابة من يد المشتري وكانَ على كتابته، فإن مات المشتري [١٢١/أ] رجعَ به المكاتب على سَيده في ماله إن لم يكن حلت عليه الكتابةُ، فإن كانت حلت عليه أو بعضها كان قصاصاً وإن لم يمت ضمن المكاتب أيهما شاءَ إن شاءَ الذي استهلكَ ماله، وإن شاءَ سيده. وقال في «الأم»: ولو باعهُ ولا مال للمكاتب، أو له مالٌ قليلٌ، فأقام في يد المشتري سنين وحل عليهِ نجمان من نجومهِ وردد بالبيع فسأل المكاتب أن ينظر سنين يسعى في نجميه اللذين حلاً عليهِ، ففيها قولان: أحدهما: لا يكون له ذلك كما لو حبسه سلطان، أو ظالم، أو مرض أو سُبي وكان له أن يحسبَ على سيده قيمة إجارة السنين من نجومهِ، فإن أدى عنه كتابته وإلا رجع عليهِ السيد بما بقي، فإن أداهُ، وإلا فهو عاجزٌ، وإن كانت في إجارته السنين فضل عن كتابته عتق ورجع بالفضل وأخذه وهكذا لو كاتبه السيدُ ثم عدا عليهِ، فحبسه سنةً، أو أكثر والثاني ينظره بقدر حبس السيدِ له إن حبسه بنفسهِ أو حبسهُ بالبيع، قال أصحابنا: ووجه هذا أنه دخل معه في العقد على أن يمكنه من التصرف في المدة التي شرطها، فإذا حبسه في بعضها لم يفِ له بالشرط فلزمه بحبسه مثل ما حبسَهُ، والأول أصح.

ثم قال المزني: فإن قيلَ: فما معنى قول النبي ﷺ لعائشة: «اشترطي لهم الولاء»[١]، وهذا السؤال لكشف إشكالٍ في الخبر لا لتوجيه القول الجديد والرفع عنه، قالَ المزني: قلتُ للشافعي جوابان عن هذا السؤال أحدهما يبطل بالشرط، ويجوز العقد وجعله خاصاً. قال أبو إسحاق: تفسير هذا أن النبي ﷺ أذن لعائشة رضي الله عنها في ذلكَ لأنه تقدم إليهم بأن الولاءَ للمعتق، فلم ينتهُوا [١٢١/ب] عن شرطِ الولاءِ لأنفسهم فأمرَ عائشة بالشراء،

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع، باب إذا تشترط شروطاً في البيع لا تحل (٢١٦٨)، ومسلم في العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق (١٥٠٤)، والنسائي في الطلاق، باب خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك (٣٤٥١).

وشرط الولاءِ للبائع ثم أبطل الشرط، وقالَ: ما بالُ أقوام، وقالَ الشافعيُّ: رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب اللَّهِ فكان شراء عائشة صحيحاً، والشرط فاسداً، وكان إذن النبي ﷺ في ذلكَ للبائع في الإنكار عليهم وردعهم عما كانوا عليهِ، وهذا كما أنهم كانوا يرون العمرةَ في أشهر الحج من الكبائر، فلما أذن لهم فيها بقوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [ ]، توقفوا فأذن النبي ﷺ في الإحرام بالحج، ثم فسخ عليهم إحرامهم بالحج وأمرهم أن يجعلوه عمرةً ليكونَ تغليطاً عليهم في إثبات أوامرة، وقيل: هذا هو القول المنصوص في البيع بشرط العتق، أو بشرط الولاء للبائع أن البيع جائزٌ لا على القياس ولكن بالسنةِ، وهذا معنى قول المزني جعله خاصاً. وقيل: لما نهى عن بيع الولاءِ وهبتهِ ظنوا أن نهيَهُ توجّه إلى إفرادهِ بالبيع وأنه إذا كانَ مشروطاً في بيع جائز صحّ فأحّب أن يفسخه عليه بعد شرطه ليكون الفسخ، أوكد والنهي أغلط كما قلنا في باب جواز العمرة في أشهر الحج.

وقيل: إنهم كانوا في الجاهليةِ يتبايعون الولاءَ ويرونه مالاً فغلط الأمر فيه مع نهينه عن بيعه بأن أبطلهِ عليهم بعد بيعه ولذلكَ غضب وصعد المنبر فخطب، وقال: «ما بالُ أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب اللَّهِ» الخبرَ إلى آخره.

وقيل: أذن فيه في وقت جوازه ثم نسخ فأظهرَ نسخه بفسخهِ كما أمرَ رسولُ اللَّهِ ﷺ سهلةَ بنت سُهيلٍ أن ترضع سالماً وكان كبيراً[1] ثم نسخ رضاع الكبير، وقال: الرضاعةُ من المجاعةِ[2].

ثم قالَ المزنيُّ: [١٢٢/أ] وقال في موضعٍ آخرَ، وهذا من أشدِّ ما يغلط فيهِ وإنما جاءَ بهِ هشام بن عُروة وحده وغيره خالفه وضعفه، وهذا أولى به لأنه لا يجوز في صفة النبي ﷺ في مكانته من الله تعالى ينكر على أناسٍ شرطاً باطلاً، ويأمرُ أهلهُ بإجابتهم إلى شرطٍ باطلٍ وهو على أهلهِ في اللَّهِ أشد وعليهم أغلط يريد بهذا أن النبي ﷺ ما أذن لعائشة في اشتراط الولاء للبائع وانفرد بتلك الرواية هشام، وليست بصحيحة لما ذكره من الدليل.

وقيل: هذه زيادة تفرّد بها هشام، وقد روى نافع عن ابن عمرَ عن عائشة رضي الله عنها هذا الخبر فلم يروها، وكذلك الزهريُّ لم يروها وهو أحفظ من هشامٍ، وكذلكَ عَمرةَ

(١) أخرجه النسائي في النكاح، باب رضاع الكبير (٣٣٢١)، وأحمد في مسنده (٢٥٧٩٨)، والدارمي في النكاح، باب في رضاعة الكبير (٢٢٥٧).

(٢) أخرجه البخاري في الشهادات: باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض والموت (٢٦٤٧)، ومسلم في الرضاع، باب إنما الرضاعة من المجاعة (١٤٥٥)، والنسائي في النكاح، باب القدر الذي يحرم من الرضاعة (٣٣١٢).

والقاسم بن محمدٍ والأسود بن يزيد وأبو هريرة كلهم رَوَوا عن عائشة، ولم يذكروا أنه أمرها باشتراط الولاءِ لهم ولعل هشاماً أو عروة حين سمعَ أن النبي ﷺ قالَ لها: «ما يمنعك ذلكِ»[1] رأى أنه أمرها أن تشترط لهم الولاءَ، فلم يقف من حفظه على ما وقف عليه ابن عمرَ وجماعةٌ.

فإن قيل: الزيادة أولى في الإخبار قيل: ترك الزيادة في هذا الموضع أولى من الأخذ بها لثلاثة أمور، أحدُها: إنكار الرواة لها على ما ذكرنا، والثاني: منع الشرع منها، والثالث: صفة النبي ﷺ على ما ذكرنا فلا يجوز أن يأذن في المحظور والغرور، وقال بعض أصحابنا: هكذا قال الشافعي، ولكن الخبر في «الصحيحين» من طرقٍ شتى سوى طريق هشام، وهذا الشرط مذكور فيهِ، والأصحُّ الجوابُ الأولُ، [١٢٢/ب] وهو تجويز البيعَ بالسنةِ، ثم اشتغل المزنيُّ بالتأويل، فقالَ: ويحتمل لو صح الحديثُ أن يكونَ أراد: اشترطي عليهم أن لكِ إذا اشترطت، وأعتقت الولاء أي لا تعريهم واللغة تحتمل ذلكَ قال الله تعالى: ﴿وَلَهُمُ ٱللَّعۡنَةُ﴾ [غافر: ٥٢] أي عليهم اللعنة، وقال تعالى: ﴿إِنۡ أَحۡسَنتُمۡ أَحۡسَنتُمۡ لِأَنفُسِكُمۡۖ وَإِنۡ أَسَأۡتُمۡ فَلَهَاۚ﴾ [الإسراء: ٧]، يعني فعليها. وقال تعالى: ﴿وَلَا تَجۡهَرُواْ لَهُۥ بِٱلۡقَوۡلِ كَجَهۡرِ بَعۡضِكُمۡ لِبَعۡضٍ﴾ [الحجرات: ٢]، أي عليهِ، فقامت لهم مقام عليهم فتفهم رحمك الله.

وأنكر أبو إسحق هذا التأويل على المزني على عادته في الردّ على المزني إذا وجد السبيل إليه، وقال الماسرجسي: سَمعتُ أبا إسحق ينكر ذلك، ويقولُ: هذا يجوز عند الضرورة، ولو جوّزنا إبدال حرفٍ بحرفٍ لغير الحاجة والضرورة بَطل التفاهم بالخطاب، وذهبت فائدة الكلام، وقالَ: لا يجوز أن يقصد منع عائشة من شرطها الولاءَ للبائع بلفظ لا ينبيء عنه إلا بقرينةِ الحالِ ودلالة وفي موضع لا يشكل ولا يلتبس ولأن خروجه مغضباً، وقوله في خطبته: «ما بالُ أقوامٍ يشترطون شروطاً ليست في كتاب اللّهِ. »يدل على أن الشرط كان لهم فأبطله عليهم، فلا يصحُّ ما ذكرَهُ المزنيُّ. وقال ابن أبي هريرة: قوله اشترطي لهم الولاء خارج مخرج الوعيد والتهديد، كقوله تعالى: ﴿فَمَن شَآءَ فَلۡيُؤۡمِن وَمَن شَآءَ فَلۡيَكۡفُرۡۚ﴾ [الكهف: ٢٩]، وهذا بعيد، وقالَ صَاحبُ «الإفصاح»: أرادَ اشترطي لهم العتق، فعبر عن العتق بالولاءِ لحدوثه عنه، واستحقاقِهِ بهِ، وهذا أيضاً عدولٌ عن الحقيقة، وقال أبو حامدٍ: اشتراط الولاء تقدّم العقد لأنه كانَ وقت المساومةِ، وإنما يلزم الشّرطُ [١٢٣/أ] إذا اقترنَ بالعقدِ فلذلكَ بطل، فأعلن النبي ﷺ إبطال حكمه، وهذا ضعيف لأن رسُولَ اللّهِ ﷺ أبطل الشرط لفسادهِ، ولم يبطله لأنه كان في غير محلهِ، ولو أراد ذلكَ لأزال اللبس وأبان الحكم المقصود.

---

(١) تقدم تخريجه.

فَرْعٌ

لو كانت الكتابة فباعها للسيد، فإن كان للسيدُ علماً بفسادها صح البيع وفي ذلك فسخ الكتابة الفاسدة، فلا يعتق بعد ذلك بالدفع وإن لم يعلم أو ظن أن الكتابة صحيحة، فإذا هي فاسدة ففي صحة البيع قولان مخرجان كما قال الشافعيُّ: إذا أوصى برقبته لرجلٍ ظناً أن الكتابة صحيحة وأن الوصية فاسدة هل تصح الوصية، قولان سواءً كان عالماً بفسادها أو جاهلاً، ومن أصحابنا من قال: لا يصح البيع قولاً واحداً بخلافِ الوصيّةِ لأنها تقبل الغَرر والجهالة والوقف على الشرائط بخلافِ البيع.

كتابُ كتابةِ النصرانيِّ[1]

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ويجوزُ كتابةُ النصرانيِّ.

الفَصْلُ

اعلم أنه إذا كاتب النصرانيّ مملوكه جازَ كما تجوزكتابة المسلم، وقالَ بعضُ الفقهاءِ: لا تجوز كتابته لأن الله تعالى ندب المسلمين إليها بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَبْتَغُونَ ٱلْكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ﴾ [النور: ٣٣]، الآية. ودليلُنَا حكم المعاملات والإعتاق يعم الكل، أو نقول: الكتابة تشتمل على المعاوضةِ والإعتاق بالصفةِ وكلاهما يجوز منه، وأمّا قولهم: ندب المسلمين إليها، قلنا: إنما خص المسلمين بالخطاب إكراماً لهم لا تخصيصاً بالحكم.

ثم جوّزَ كتابَتهُ [١٢٣/ب] على الوجه الذي يجوز كتابة المسلم، فإذا كاتب عبدَهُ ثم ترافعا إلى حاكم المسلمين نظر بينهما وحكم بحكم الإسلام، فإذا كانت الكتابة مما تجوز بين المسلمين أمضاها وإن كانت مما لا يجوز ردها لأن الحاكم لا يحكم إلا بما يسوغ في دينه.

ثم ذكر الشافعيُّ رضي الله عنه فيما كانت الكتابةُ فاسدةً ثلاث مسائل: إحداها: أن يتعاقدا فاسداً ويقبض السيد العوض ثم أسلما وترافعا، فالحاكم يُقرّهما على ذلكَ لا على معنى أنه يحكم بصحته ولكن على معنى أنه لا يتعرّضُ لهما كما نقولُ: إذا تزوجها على مهرٍ فاسدٍ وتقابضا العوضَ ثم أسلما.

والثانية: أن يسلما ثم تقابضا في حالِ الإسلام فالحكم يبطل ذلكَ، لأن قبض الفاسدِ لا يصحُّ في حال الإسلام إلا أن العتق وقع بوجودِ الصّفةِ ويثبت بين السيّدِ وبين المكاتب التراجعُ، فإن كان مما دفعه إلى السيد لم يحتسب له بشيء وحسبَ عليهِ قيمة رقبته، وإن كان له قيمة احتسب عليهِ بقيمته وعلى العبد بقيمة رقبته، ويتراجعان الفَضلَ.

والثالثة: أن يُسلما ثم يتراجها قبل التقابض أو بعد قبض البعض وبقاء البعض يحكم

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/ ٢٥٣).

بفسخ الكتابةِ وإبطالها لأنه ما لم يقبض جميع مال الكتابة فالعتق لا يقع وحكم العقد لم يتنجز، فحكم ببطلاته وارتفاعه إذا كان مما لا يصح مثله في الإسلام، فإن لم يحكم بفسخ الكتابة فأدى ذلك عتق بالصفةِ وثبت التراجعُ، وما أدى في حال الشرك من الحرام فحكمه حكم ما لم يرد شيئاً، فيكون التراجع بجميع القيمة نَصَّ عليهِ في «المختصر» لأن العتق وقع في حال الإسلام، فلم ينظر إلى ما أدى في حكم الكُفرِ ويُفارقُ هذا إذا تزوج في حال الشركِ [١٢٤/أ] ثم أسلم وقد أسلم إليها بعض الصداق الفاسد في الشرك احتسب عليها بقدر ذلكَ لما ذكرنا من الفَرق في كتاب النكاح، وهو أن الاعتبار في العتق بآخر النجوم لأن العتق يتعلق بهِ دون ما قَبلهُ، وفي النكاح لا يعتبر آخرهُ. وقالَ أبو حنيفة: إذا كاتبه على خمرٍ ثم أسلما لا يبطل ويؤدي إليه قيمة الخمر ويعتق كما قالَ في النكاح، وهذا لا يصحُّ لأنه إذا عقدها ابتداءً بخمرٍ كانت فاسدةً بخلافِ ما لو تزوجها على خمرٍ لا يفسد النكاح. وقالَ القفالُ: هذا إذا أسلما، أو أسلم السيدُ لأن ذلك لا يبطل الكتابة، فأمّا إذا أسلم العبدُ دون السيدِ، فإن قلنا: إذا اشترى الكافر عبداً مسلماً فأجبرناهُ على بيعهِ فكاتبه يسقط الاعتراض عنه، وَلا يباع عليهِ فههنا أولى أن لا يُباع، وإن قلنا: هناكَ لا يسقط الاعتراض ويُباع عليه، فههنا وجهان، والأصحُّ أنه لا يُباع لأنه حين عقد الكتابة لم يكن توجّه عليهِ المنع منها في بيع وغيره، وفي إبطال الكتابةِ إبطالٌ للحق الذي ثبتَ لَهُ الموصل إلى العتق، والثاني: يباع علَيه كالمسألةِ الأولى وهما على القولين في أن أحد الشريكين في المكاتب إذا أعتق نصيبَهُ متى يقوم عليهِ في الحالِ، أو بعدَ التعجيز، فإذا قلنا: لا يُباعُ عليهِ، ههنا فإذا عجز والسيدكافرٌ يباع عليهِ لا مَحالةَ.

فَرْعٌ

إذا عقد الكتابة في الشركِ بحرامٍ وحلالٍ ثم أسلما وتقابضا الحرام في الشركِ، وبقي الحلال في الإسلام، ففي الكتابة وجهان: أحدُهما: يحكم بصحتها لأن الحرام بقبضهِ في الشركِ صارَ عفواً، والباقي من الحلال في الإسلام يجوز أن يكون عوضاً، فعلى هذا يؤدي المكاتب الحلال، ويعتق بهِ، ولا تراجعَ فيهِ، والثاني: [١٢٤/ب] يحكم بفسادها لأن الحلالَ بعض العوض في عقدٍ قد فسد وللسيد إبطالها، فإن لم يبطل عتق فيها بالأداءِ ورجعَ السيدُ بقيمته ورجع المكاتب بما أداهُ، وكان قصاصاً إن تجانس ذكره في «الحاوي».

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو أنَّ نصرانياً اشترى عبداً مسلماً فكاتبَهُ ففيهَا قولانِ.

الفَصْلُ

قد ذكرنا في شراء الكافرِ عبداً مُسلماً هل يصح الشراء؟ فيه قولان، فإذا قلنا: لا يصحُّ

فكاتبه، فالكتابةُ باطلةٌ بلا خلافٍ، وإذا قلنا: يصح، وهو الذي نصَّ عليه ههنا فكاتب هل تصح الكتابة؟ فيهِ قولان: أحدُهما: تصحُ الكتابةُ، وبه قالَ أبو حنيفة، ويزول بها الاعتراضُ، وهو اختيار المزني لأن القصد بالبيع عليهِ إزالة سلطانهِ عنه وبالكتابةِ زالت السلطنةُ ويستفيد العتقُ بأداءِ النجوم، والثاني: لا يصحُّ ولا يزول بها الاعتراض لأنه وإن كانَ ممنوعاً من استخدامهِ والتصرف فيه فإنهُ مُسلطٌ عليهِ في منعهِ من السفرِ وهبةِ ما في يديه.. والتصرف فيه على الإطلاق وفي ذلك عليهِ ذلّ وصغار، ولأنه أُمِرَ بإخراجه عن ملكه تاماً وليست الكتابة بإخراج تامٌّ، ويفارقُ هذا إذا كاتب الكافر عنده الكافر ثم أسلم لا يُباعُ عليهِ على المذهب الصحيح المنصوص لأن هناكَ لم يستحق إزالة ملكه عنه في الأولِ على ما ذكرنا. قال المزنيُّ: تصح الكتابة لأنه ممنوع من النصراني بكتابتهِ وعسى أن يؤدي، فيعتق يريد به أن للعبدِ حظاً في ذلكَ لأنه يؤدي إلى حُرّيته فكان أولى من مطالبته بالبيع وسُومح بما عليهِ من الذُّل لما يؤدي إليهِ العتق بهِ.

قال: وفي تثبيت الكتابة إذا أسلم العبد ومولاه نصرانيٌّ [١٢٥/أ] على ما قلت دليلٌ، وباللَّهِ التوفيق. يعني المسألة التي ذكرها في الباب قَبلَهُ، والجوابُ أنا لا نسلم ذلكَ على ما ذكر القفال، وإن سلمنا فالفرقُ ظاهرٌ على ما ذكرنا، فإذا قلنا: الكتابة صحيحةٌ يقرّ عليها ثم ينظر فإن أدى مالَ الكتابةِ عتقٌ، وإن عجز نفسه استرقه السيد، وأزيل ملكه عنه، وإذا قلنا: الكتابة فاسدة يُباع عليهِ، فإن بادر العبد قبل أن يبيع عليه فأدى المال عتق عليهِ لوجود الصّفةِ ويثبت التراجعُ بينه وبين سيده لأنه عتق بكتابة فاسدة، فيثبتُ بينهما التراجعُ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ في «الأم»: ولو أن نصرانياً كاتَب أمةً له كتابة صحيحة ثم أسلمت واختارت المضي على الكتابةِ فوطئها السيّدُ فلها مَهرُ مثلها، فإن حملت فالولد حرٌّ مُسلمٌ لا سبيلَ عليه لأنه في ملكهِ، فإن ماتَ النصرانيُّ وهي على الكتابةِ عتقت بموتهِ، وبطل عنها ما بقي من الكتابة عليها ولها مالها ليس لورثةِ النصراني منه شيءٌ لأن النصراني كان ممنوعاً من مالها بالكتابةِ، ثم صارت حرةً بموتهِ، فصارت الورثة ممنوعين منهُ بحريتها، فإن ولدت وعجزت أخذت بنفقتها وحيل بينهُ وبين إصابتها، فإذا مات فهي حُرّةٌ ويعمل ما يُطيق وله ما اكتسب وأرش ما جنى عليها، فإن لم تَلد ولم يمت النصرانيّ حتى اختارت العجز، قالَ الشافعي رضي الله عنه: أجبرَ على بيعها ما لم تلد، قالَ القاضي أبو حامدٍ: قد قيل: هذا على القول الذي لا يتحقق الحمل ولا يجوز بيعُها إذا كانت حَاملاً بولدٍ حُرٌّ مسلمٍ تَضَع [١٢٥/ب].

بَابُ كِتابة الحَربيّ

مَسْألَةٌ: قالَ: وإذا كاتبَ الحربيُّ عبدَهُ في دارِ الحربِ ثمَ جَاءَ مستأمنين.

الفَصْلُ

جملةُ هذا أن الحربيّ ملكه ثابتٌ على مالهِ وتصرّفه كتصرف المسلم في مالهِ، وإذا كاتبَ عبده صحت كتابته كما يصح بيعه ويصح عتقه المنجز والمعلق بصفةٍ، وقال مالكٌ: لا ملكَ لهُ، وقال أبو حنيفة: لا ملكَ له صحيحاً وكتابته لا تصحُّ، وكذلك إعتاقهُ، ودليلُنا قوله تعالى: ﴿وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَٰرَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُمْ﴾ [الأحزاب: ٢٧]، فأضافَ ذلكَ إليهم وحقيقةُ ذلك يفيد الملكَ.

فإذا تقررَ هذا وكاتبه في دار الحرب، ثم دخلا دار الإسلام مُستأمنين، أو دخلا دار الإسلام بأمانٍ ثم كاتبَهُ، فإنهما ما لم يترافعا إلى الحاكم ويتخاصما إليهِ لا يتعرضُ لهما بل نقرهما على ما فَعلاه، فإن ترافعا إليهِ يحكم بينهما بحكم الإسلام، فإن كانت صحيحةً في الإسلام أعلمهم صحتها، وأقرهم عليها، وإن كانت فاسدةً أعلمهم فسادها، وأنه لا يجوز الإقرار عليها فإن قَهر العبدُ سيدَهُ على نفسهِ في دار الحرب، ثم دخل دار الإسلام بأمانٍ ومعهُ السيد فقد ملك نفسَهُ وانفسخت الكتابة فيه وملك السيد بقهره أياهُ ويُقرّ على ذلكَ لأن دار الحرب دار قهرٍ وغلبةٍ ولذلكَ لو قالَ سيده: لا أرضى بالكتابةِ وقهره على نفسهِ واستعبده وحمله إلى دار الإسلام كان عبده وبطلت الكتابةُ، ولو دخلا دار الإسلام ثم قهر سيده على نفسهِ أو قهرَهُ السيّدُ لا حكم لهذا القهرِ لأن دار الإسلام ليست بدار قهرٍ [١٢٦/أ] وغَلبةٍ، بل هي دار حق وإنصافٍ.

مَسْألَةٌ: قالَ: ولو كان السيدُ مسلماً فالكتَابةُ ثابتةٌ.

أرادَ بهذا أن المسلم لو كاتب عبدَهُ الكافر في دار الحرب فكتابَتهُ ثابتةٌ ككتابته في دارِ الإسلام فلو قهره على نفسهِ، ثم حملهُ إلى دار الإسلامِ لم تبطل الكتابةُ بالقهرِ لأن كتابتهُ له أمانٌ لأن الكتابةَ عقد يمنع السيد عن نفسه وماله فكانَ بمنزلة الأمان فلم يجز له استرقاقه وقهره، ويخالف الحربيّ لأن أمانهُ للكافر لا يصح، وقد فسرَهُ الشافعي رضي الله عنه في «الأم» ونقله المزني مختصراً.

فإن أدى المال عتق وثبت للمسلم عليهِ الولاءِ، ثم يقالُ له: إلى الآن كنتَ تابعاً لسيدكَ وقد صرت حراً وصار لكَ حكم نفسك، فإن شئتَ فاعقد لنفسك عقد الذمةِ وإن شئتَ فالحق بدار الحرب، فتكون حربياً لنا.

فإن لحق بدار الحرب وظهر المسلمونَ على الدار لم يجز استرقاقه لولاءِ المسلم عليهِ، ويُفارق هذا إذا كان للمسلم ابن حربيٌّ حيث يجوز استرقاقه لأنه ليسَ في ذلكَ إبطال نسبه، وفي هذا إبطال الولاءِ، وقد قالَ الشافعيُّ ههنا: فإن سبي لم يكن رقيقاً يعني إن سبي مكاتب المسلم بعد الأداءِ لأنه علل فقالَ: لأن له أماناً من مُسلم بإعتاقهِ أياهُ، وَهذا أيضاً اختصره المزنيّ وشرحُهُ في «الأم» هكذا، ثم قالَ: ولو كانَ أعتقه كافراً بكتابةٍ، أو غير كتابةٍ فسباه المسلمون كانَ رقيقاً لأن لا أمانَ له من مُسلم نفسه يسترق إذا قدر عليهِ، ففَرّق الشافعيُّ بين أن يعتق المسلم فلا يسترق [١٢٦/ب] وبَين أن يعتق الكافر فيسترق، وعَلل في المسلم بأنهُ في أمانٍ منه وفي الكافرِ أنه ليس بأمانٍ من مسلمٍ وسيده يسترق لو قدر عليه، وعَلّل أبو إسحق وابن أبي هريرة وصاحبُ «الإفصاح» بأن لسيده عليهِ حق الولاءِ، فلا يجوز إسقاطه بالاسترقاق، وقالَ ابن أبي هريرة: هذا مرادُ الشافعي من قوله، لأن له أماناً من مُسلم بإعتاقهِ أياهُ. وقالَ القاضي الطبريُّ: هذا وإن كانَ تعليلاً صحيحاً، فليس بمرادِ الشافعيّ، وإنّما قصد الشافعي به أن نفس الكتابة والعتق عقد أمانٍ له، لأنهُ يمنع نفسَهُ بكل واحدٍ منهما من نفسهِ وماله يدلُّ على ذلك أن المسلم إذا كاتب عبدَهُ في دارِ الحَرب، ثم قَهَرَهُ على نفسهِ وحمله إلى دارِ الإسلام. قال الشافعي: لا تبطل الكتابة لأنه في أمانٍ منه فدلّ أن المراد بالأمانِ ما ذكرنا، وأمّا الظاهر فما قالَهُ الشافعيّ في الكافر أنه الكافرُ الحربيُّ لأنه قالَ: ويسترق الذي أعتقه إن قدر عليهِ، فأمّا إن كانَ مكاتباً لذميّ فلحقَ بدار الحرب قد ذكرنا وجهين في جواز استرقاقه فظاهرُ تعليل الشافعي يقتضي أن يجوز لأنه ليس بأمان مسلم.

وأمّا إذا حارب مكاتبُ المسلم ومعتق المسلم يجوز قتاله وإن منعنا من استرقاقه لا يختلفُ المذهبُ فيهِ.

مَسْألَةٌ: قالَ: ولو كاتبَ المستأمنُ عندنَا عبدَهُ فأرادَ إخراجَهُ.

الفَصْلُ

جُملةُ هذا: أن الكافر الحربيّ إذا كاتب عبدَهُ ثم دخلا دار الإسلام بأمانٍ، أو دخلا دار الإسلام بأمانٍ، ثم كاتبَهُ فقد انقطع سلطانه عنه، فإن أراد العبدُ [١٢٧/أ] الرُّجوع إلى دار الحرب لم يكن للسيدِ منعهُ منه لأن تصرفه قد انقطع عنه، وإنما بقي له في ذمته دين، وإذا أراد السيدُ الرجوع إلى دار الحرب ينظر في العبد، فإن أراد الرجوع معه لم يمنع لأن للمستأمن أن يرجع إلى دار الحرب، وإذا رجعا فالكتابةُ باقية بحالها. وقال أبو حنيفة: إذا رجعا بطلت الكتابَةُ وعتق العبدُ وهو خطأٌ لأنه عقد معاوضةٍ فَلا يبطل بمثل هذا، ولو امتنع المكاتب من الرجوع مع السيد إلى دار الحرب وجاء إلى الحاكم وقالَ: إنه يقهرني على

الحمل معَهُ، ولست آمن أن يغلبني على نفسي، ويبطل كتابتي فالحاكم يمنعهُ منهُ ويقولُ له: إن شئت أقمت حتى تقبض نجومه وإن شئتَ خرجت ووكلت من يقبضها لكَ، فإن اختارَ المقام نظر في النجوم، فإن كانت تحل في أقل من سَنةٍ فليس عليه الجزيةِ، وإن لم تحل إلا في سنةٍ، فإنه يمنع من المقام في دارِ الإسلام سنة إلا بجزيةٍ، فإذا خرج ورجع إلى دار الحرب فقد انتقض الأمان في نفسهِ وفي سائر ماله سوى المكاتب، وما يؤخذ منه، فإن الأمانَ فيها باقٍ ويجوز أن ينتقض الأمانُ، فإن أدى المكاتب المال إلى وكيلهِ عتق وبعث الوكيل المال إلى الحربيّ، وإن عجز المكاتب نفسَهُ رق وعاد ملكاً للحربي كما كانَ ورد إلى سيده فإن مات سيده قبل أن يرد قال ههنا: يرد إلى ورثته لأنه مالٌ له أمانٌ فوارثه بمثابتهِ، وقالَ في كتاب السير: يكون مغنوماً ومعناه يكون فيئاً لأنه مالُ حربي، واختار المزني القول الأول لما ذكرنا من الوجهِ، فإذا قلنا بالقول الثاني يؤدي مال كتابتهِ إلى بيت المالِ، فإذا عتق بالأداءِ يكون ولاءُهُ [١٢٧/ب] لكافةِ المسلمينَ، وإن رق كانَ فيئاً لأن الأمان بطل على ما ذكرنا. وقالَ ابن أبي هريرة: إذا نقض السيدُ الأمان، وخرجَ إلينا محارباً هل نغنم مكاتبه فيه قولان أيضاً: أحدهما: يغنم كما قلنا في الموت، والثاني: لايغنم ويكون الأمانُ مُستبقى في حقهِ لأنه يجوز أن يكون للحربي أمانُ على مالهِ دون نفسهِ.

مَسْألَةٌ: قالَ: فإنْ خرجَ فسُبيَ فمنَّ عليهِ، أو فودي به.

الفَصْلُ

عطف الشافعي رضي الله عنه بهذه المسألةِ عليهِ إذا مات، وهي إذا خرج السيدُ إلى دار الحرب وبقي مكاتبه عندنا على ما بيناهُ فسبى السيد فالإمام فيهِ بالخيار بين أربعةِ أشياء أن يمن عليهِ، أو يقاد به، أو يقتله، أو يسترقه، فإن قتلَهُ، فهو كما لو مات، وقد ذكرنا حكمه، وإن أطلقه، أو فاداهُ بمال أو برجالٍ، فالملك على حالتهِ لأن له أماناً فيه، فإن كل مالٍ تركه في دارِ الإسلام ولم يحمله مع نفسهِ فإن له فيه أماناً وما يحمله مع نفسهِ ينتقص الأمان فيهِ كما ينتقص في نفسه، فإن قيل: أليس قد صار بالسبي رقيقاً وزال ملكه، فلم رددتموه إليه؟، قلنا: نص الشافعي ههنا على أنه لا يكون رقيقاً لأنه مال يمن عليه به أو يؤدي، فلم يكن رقيقاً، وإنما يصير رقيقاً باسترقاق الإمام إياهُ، وإن استرقه الإمامُ زال ملكه عنه بالاسترقاق ولا ينتقل ماله إلى سيده الذي استرقه لأن السيد إنما يملك إكساب عبده بعد استرقاقه، وذلك مال قد كسبه قبل الاسترقاق، فلم يملك سيده، ولا يكون أيضاً لوارث هذا الأسير المسترق لأنه مملوك حيٌّ، ولا يورث مملوك حي، فنقول: كتابته بحالها لا تبطل ولا يجوز أن يؤديها إلى وكيل السيّدِ لأن الاسترقاق أبطل وكالته، ويكون الحاكم هو القابض [١٢٨/أ]

وحكم الاسترقاق مبنيٌّ على حكم موتهِ، فإن قلنا: لو مات لا يغنم ماله فههنا أولى أن لا يغنم ويترك حتى يعتق فيسلم إليه أو يموت رقيقاً، فيكون حينئذٍ مغنوماً لا موروثاً لأن ورثته لا يرثونه إذا مات عبداً، وإن قلنا: إذا مات يغنم ماله، فههنا قولان: أحدُهما: يغنم ويكون فيئاً لأهل الفيء لأن رقهُ ينافي ملكه كموته ينافي ملكه، والثاني: لا يغنم لأنه يجوز أن يعتق، فيعود مالكاً بخلافِ ما لو مات لاستحالة حياتهِ بعد موتهِ وهذا اختيار أبي إسحق، والأولُ اختيار المزني، وقال صاحب «المنهاج»: اختيار المزني أن يغنم، وهذا الاختيار ليسَ لنفسهِ وإنما هو للشافعي رضي الله عنه. فأمّا اختياره لنفسه في المسألةِ السابقةِ هو القول الثاني فكذلك ينبغي في هذه المسألةِ أن يكون ذلكَ اختياره ولفظه ههنا أنه قالَ: هذا أشبهُ بقوله عندي لأن الذي حكم به قبل هذه المسألةِ يعني مسألة موت الحربيِ في بلاد الحرب قبل أن يسترق، فإن الشافعي في تلك المسألةِ حكم بهذا القول، وهو أن يكون مغنوماً، وذكر العلة لهذا القول، فقال: لأنه لمّا أبطل أن يملك يعني بالاسترقاق بطل عن مالهِ ملكه ومن قالَ بالقول الآخر أجابه بأن حالةَ الملكِ مأمولةٌ منه بخلافِ الميت على ما ذكرناه.

فإذا قلنا: يكون ماله مكاتبه مغنوماً كانَ ما يؤديهِ المكاتب فيئاً لبيت المال، فإن عتق بالأداءِ كان ولاءهُ لكافة المسلمين وقد قال الشافعي: فإذا استرق فعتق مكاتبه بالأداءِ، ومات الحربي رقيقاً لم يكن لرقيق ولاء ولا لأحدٍ بسببهِ ومعناه وليس لورثةِ الحربي ولاء على هذا المكاتب بسبب الحربي والحربي ليس من أهلِ الولاءِ [١٢٨/ب] على عبده.

أو معناه: لا ولاءَ لأحدٍ من المسلمين بعينه لأن ولاءَهُ لجماعتهم، وإن عجز كانَ مملوكاً لبيت المالِ لكافةِ المسلمين وسواءٌ على هذا القول أن يموت السيدُ على رقهِ أو يعتق قبل موته، فإن جعلناهُ مغنوماً لا يرد إليه، ومن أصحابنا من قالَ: لا ولاءَ لأهل الفيء عليهِ ولكن يبطل ولا يكون لأحدٍ عليه ولاء، وهذا ظاهرُ ما قاله الشافعي رضي الله عنه ههنا، وَهذا لأن الولاءَ لا يورثُ، وإنما يخلفه الأقربُ من عصباتهِ وأهل الفيء ليسوا بعصباتٍ لهذا الكافر فلم يخلفوه في ولاءِ مكاتبيه، ولأنه لا ولاءَ له لأنه لا يجوز أن يكونَ لأحدٍ بسببه ولاءُ لأنه خليفته إذا استحقه عنه وهذا اختيار القاضي الطبري، وإن قلنا: لا يغنم كانَ ماله موقوفاً على ما يكون من عتقه أو موته، فلهُ حالتان: أحدهما، أن يعتق قبل موته، والثانية أن يموت قبل رقه فإن عتق قبل موته عاد ماله الموقوفُ إلى ملكه، وإن كانَ المكاتب باقياً على كتابته أداها إليهِ، وكانَ ولاءَهُ إن عتق له، وإن كانَ قد أداها إلى الحاكم أخذَ من الحاكم ما قبضَهُ من مكاتبه وكانَ له ولاء مكاتبته.

وإن ماتَ على رقه كان ماله مغنوماً لا يرد على سيده ولا على وارثهِ ويعتبر حال

مكاتبه، فإن عجز ورق كان مغنوماً وإن أدى وعتق، فإن كانَ قبل استرقاق سيدهِ ففي ولاءِهِ وجهان: أحدهما، لبيت المال كسائر أمواله، والثاني يزول الولاء ويرتفع ويصير المكاتب بعد العتق ممن لا ولاية عليهِ، وهذا معنى قول الشافعي، ولا ولاءَ لأحدٍ بسببِهِ.

وإن كان عتق المكاتب بعد استرقاق سَيّده وقبل موتهِ فالولاء ثابتٌ، وفي مستحقه قولان: أحدهما، لبيت المالِ، [١٢٩/أ] والثاني، لسيّدِ السيّدِ وهما مبنيان على القولين في مكاتب المكاتب إذا عتقَ الثاني قبل عتق الأولِ كانَ في ولاءِ، الثاني، قولان: أحدهما، للسيّد، والثاني، موقوفٌ على المكاتب الأولِ.

وإن كانَ عتق المكاتب بعد موت سيده يكون ولاءه ثابتٌ لبيت المال قولاً واحداً، وقالَ بعض أصحابنا بخراسان: إذا قلنا في الموت لا يغنم ماله فههنا إذا استرق ومات رقيقاً فيه أقوالٌ: أحدها، يكون مغنوماً، وهو الأصح، والثاني، مخرجٌ أنه للسيد الذي ماتَ هو في ملكه، والثالث، مخرجٌ أيضاً أنه لورثته الحربيين فكأنَّهُ كانَ موقوفاً بينَهُ وبين ورثته فتبين بموتهِ أنه ورث ذلكَ يوم استرق وأصل القولين المخرجين ما قال الشافعي في ذميٍّ جرح فلحق بدار الحرب، فاسترقَّ قبل البرء فمات رقيقاً فيه قولان: أحدهما على الجاني الأكثر من أرش جراحته حراً، أو ديته حراً وللسيد منه قدر قيمته، والباقي لورثته ذكره القفالُ، وفي هذا نظرٌ عندي.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو أغارَ المشركونَ على مكاتبٍ للمسلمينَ استنقذهُ المسلمونَ.

الفَصْلُ

إذا كاتب المسلم عبداً ثم ظهر المشركونَ على الدار فأسروا المكاتب وحملوه إلى دارِ الحرب لا يملكون لحق المسلم، فإذا انفلت المكاتب منهم أو ظهر المسلمون على الدارِ فأخذوهُ فهو على كتابته وهكذا إذا دخل الكافرُ دار الإسلام بأمانٍ فكاتب عبداً ثم ظهر المشركونَ على الدارِ فقهروا المكاتب على نفسهِ، وأحرزوه بدار الحرب ثم انفلت منهم، أو غلبهم المسلمون عليهِ يكون على كتابته لأنه كانَ له أمانٌ كما لو أغاروا على نصرانيّ فاستعبدوه، ثمّ [١٢٩/ب] استنقذهُ المُسلمونَ كانَ حراً وكذلكَ لو أغارُوا على حربيٍّ في دارِ الإسلامِ، وقد دخل بأمانٍ فسبوهُ ثم استنقذهُ المسلمونَ كانَ له أمانه، قالَ الشافعي: فإن أراد أن يصبر حتى يتخلص العبدُ فيؤدي إليه كتابته فعل، وإن أراد أن يعجزه إذا حل عليهِ نجم وعلم أنه لا مال للمكاتب يؤدي عنه عجزه لأن حقه لا يبطل في تعجيزه بأن أخذه المشركونَ وأسروهُ، فإن عجزه ثم تخلص من أيدي المشركين وثبت أنه كانَ له مالٌ في وقت تعجيزه غير أنهم لم يقفوا على موضعهِ، أو لم يمكنه إيصاله إلى سيده بطل التعجيز وأدى إليهِ،

وعتق وإن لم يصح ذلكَ فالتعجيز صحيحٌ وهو عبده ومن أصحابنا من قال: في هذه المدة التي هو في يد القهر هل يحتسب من أجله قولان: أحدهما، تحتسب، والثاني: لا تحتسب كما لو حبسَهُ السيدُ، وهذا كالمبيع إذا تلف قبل القبض سقط الثمن سواء كان بتفريط من جهةِ البائع أولا والصحيح الأولُ. والفَرق أنه إذا حبسَهُ السيدُ فقد تعذرت المنافع بتفريط من جهة السيدِ بخلاف ما لو حبسَهُ الكفّارُ، فافترقا ويمكن أن يجاب عن هذا الفرق بأن التسليم والتمكين مستحق على السيدِ فإذا تعذّر لم يفترق الحكم بين أن يكون من جهته أو من جهةِ غيره، فإذا قلنا: لا تحتسبُ عليه مدة الحبس، فحلت النجوم فليس للسيدِ الفسخ لأن الحلول على الحقيقةِ لم يوجد والمدة ما انقضت في الحكم، وإذا قلنا: يحتسبُ، ولهُ أن يفسخ عند العجز وهو المنصوصُ فهل لهُ أن يفسخ بنفسهِ، أو يرفعه إلى الحاكم وجهان: أحدهما: يفسخه بنفسهِ كما لو كانَ المكاتب حاضراً وعجز عن الأداءِ، والثاني: يرفعهُ إلى الحاكم [١٣٠/أ] ليستكشف من حال المكاتب فإن وجدَ له مالاً يفي بما عليهِ أداهُ، وعتق وإلا فسخ حينئذٍ، ويخالفُ حاله الحضور فإنه يعترق بالعجزِ فيغني عن كشفِ حالهِ.

فَرْعٌ

قالَ أبو إسحقَ: لو كان الحربي كاتبه عندنا ثم سباهُ وأخرجه من بلادنا كان على كتابته، فإذا قدرنا على سيده وعليهِ فأخذناهما جميعاً استرقَ السيدُ وبقي العبدُ على كتابته وفي نجومهِ التي قد حلت وهو في يد سَيدهِ مغلوبٌ على كسبهِ وعلى نفسهِ قولان على ما ذكرنا إذا حبسهُ السيدُ مدةٌ، قال أبو إسحقَ، فإذا قلنا: لا يحتسبُ على المكاتب بتلك المدة يحتمل أن لا يحتسبَ على السيد بقيمة خدمته ولا بما أخذه من كسبهِ، ويحتمل أن يحتسبَ بهِ عليهِ، وإن استؤنفَ الأجل بهِ.

فَرْعٌ آخَرُ

قالَ في «الأم»: ولو كانَ العبدُ لحقِ بدارِ الحربِ فلم يحدث له السيدُ قهراً يسترقه به حتى خرج إلينا بأمانٍ فهو على الكتابة، ولو لحق بدارِ الحربِ وأدى المكاتب بها، ولم يحدث له السيدُ قهراً، وخرجا إلينا كان حراً.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو كاتبهُ في بلادِ الحربِ ثم خرجَ المكاتبُ إلينَا مُسلماً كانَ حُراً.

أرادَ إذا كاتب الحربي عبده في دار الحرب ثم خرج المكاتب إلينا مُسلماً مراغماً سيدهُ من جهةِ القهرِ حكمنا بحريته لأن الدار دار القهرِ، فإذا قهر سيدهُ على نفسهِ مَلكها ومن ملكَ نفسَهُ عتق ثم يقال له: أنت بالخيار بين أن تقيم وتعقد لنفسك ذمة أو تلحق بدار الحرب

فتصيرُ حربياً لنا، [١٣٠/ب] وإن دخلَ دار الإسلام بإذن سَيده، أما لتجارة أو لحاجة فهو على الكتابةِ لأنه في يدِ السيِّدِ.

بَابُ كتابةِ المرتدِّ

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو كاتبَ المرتدُّ عبدَهُ قبلَ أنْ يقف الحاكمُ مالَهُ كانَ جائزاً.

جُملةُ هذا: أن المسلم إذا ارتد ثم كاتب عبدَهُ، هل تصح كتابتُهُ أم لا نصَّ ههنا أنه يصح كتابته ونص في المرتد إذا دبر عبده على ثلاثة أقوالٍ، واختلفَ أصحابنا في هذا على طريقين فمنهم من قال: فيها ثلاثة أقوالٍ، ومنهم من قال: في الكتابةِ قولان: أحدهما، أنها باطلةٌ، والثاني، أنها صحيحةٌ ولا يجيء القول الثالث فيها لأن العقد لا يقفُ عند الشافعي رضي الله عنه، ولأنه لا يجوز عقدُ الكتابةِ عَلى غرر، ألا ترى أنه لا يجوز تعليقهُ بالمشيئة ولا بمدةٍ مجهولةٍ، فلم يجز أن يكونَ موقوفاً بخلافِ التدبير وهذا اختيار القاضي أبي حامدٍ، وقالَ: أظهرُ قوليه، وأولاهما جواز تصرفه كهو قبل ردته، وقال أبو إسحق: الصحيحُ، الطريقة الأولى لأنه إنما لا يجوز أن يقف العقد من ملك الغير، فأمّا في ملك الإنسان يجوز أن يكونَ موقوفاً بمعنى حادث فيهِ كما تقول في المريض إذا وهبَ أكثر من ثلث مالهِ وسلمه إلى الموهوب له فالهبةُ موقوفةٌ، فإن صح من مرضهِ كانت نافذةً وإن مات من مرضهِ رَدّ منها ما زادَ على الثلث، فإذا جاز توقف تصرف المريض على ما يظهرُ من اتصالهِ بالموت، أو انفصالهِ عنه بالبرء فكذلك تصرف المرتد [١٣١/أ] يجبُ أن يكون موقوفاً إلى اتصاله بقتله، أو انفصاله عنه بالتوبة ولا فرق بينهما، وهذا اختيارُ أبي حامدٍ، ولأن في الكتابة معنى العتق بالصفة كالتدبير سواءً فهما سواءٌ في جواز الوقف، ومن قال: بالأول فرق بين المريض وبين المرتد بأن المرتد غلظ عليهِ بما أتى به من الكفر والمريض الجشع له فيها ولا يقدر على إزالته فسومح له في جعل تصرّفهِ موقوفاً، فأمّا إذا وقف الحاكم ماله على توبته أو قتله على الردة، فكاتب عبده لم تجز الكتابةُ قولاً واحداً لما أحاط بهِ من الحجر فإذا تقرر هذا، فإن أدى هذا المكاتب المال نُظر، فإن أدى قبل أن يحجر عليه، فإن قُلنا: الكتابةُ صحيحةٌ، وهو اختيار المزني فقد عتق بالأداءِ ويكون الولاءُ والمالُ لسيده لأن ملكه على هذا القول ثابتٌ على مالِهِ، وإن قلنا: إنها باطلةٌ، فإن أدى لم يعتق لأنه محكوم بزوال ملكه عن ماله ولو أعتق عبده ابتداء لم ينفذ، وإن قلنا: إنها موقوفةٌ نظر، فإن أسلم السيّدُ تبينا أن الكتابة قد صحت ويصح الأداءُ ويقع العتق، ويكون الولاءُ للسيّد وإن قتل أو مات على الردةِ تبينّا أنها باطلةٌ وأن الأداء لم يصح فيكون العبد فيئاً للمسلمين، وكذلكَ ما في يده من المالِ، وإن أدى بعدما حجر الإمام على المرتدِ في مالهِ، فإن قلنا: الكتابةُ باطلةٌ فليس بينهما عقدٌ والعبدُ

باقٍ على الرق، فأداؤه كلا أداء، وإن قلنا: إنها صحيحةٌ أو موقوفةٌ فلا يجوز أن يدفعَ المالَ إلى السيدِ لأنهُ محجورٌ عليهِ لا يصح منه القبض، فإذا دفع إليه لا يعتق وللحاكم مطالبته بالمال، ثم إن كان ما دفعه باقياً بحالهِ أخذَهُ [١٣١/ب] ودفعَهُ إلى الأمام وعتق، وإن كانَ تالفاً فقد هَلَكَ من ضمانهِ، وإن كانَ له شيءٌ آخر يدفعه إلى الحاكم، وإلاَ كانَ له تعجيزه، فإن أسلم السيدُ، قالَ الشافعي: كان عليهِ أن يحتسبَ له بما دفعَ ويعتق عليهِ العبد، لأنا لم نصحح قبضَهُ لحق المُسلمينَ، فإذا أزال حقهم وصار الحق له صح قبضه ووقع العتقُ، ويخالف المحجور عليه للتبذير إذا قبض ديناً له لا يبرأ الدافع، وإن أطلق عند الحجر لأنه لا حجر عليهِ نظراً له بخلاف المرتد نصَّ عليهِ، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا كاتب بعد الحجرِ فإن قلنا: الملك باقٍ، هل تصح كتابته؟ فيه قولان: أحدهما، باطل، والثاني، موقوفٌ كالقولين في المحجور عليهِ بالفلسِ، وهذا ضعيفٌ، وقال أيضاً: إذا أسلم السيدُ بعدما قبض المال بعد الحجر فيه قولان: أحدهما: صح ذلكَ الأداءُ على ما ذكرنا حتى إذا كانَ الحاكمُ أخذه مرّةً أخرى رد عليه، وإن عجزه ألغى تعجيزه، والثاني: أنه باطلٌ لا موقوفٌ ولا ملغى التعجيز فيه، وبناؤُهُ على ما ذكرنا من تصرفات المحجور بالفلس، وهذا ضعيفٌ أيضاً.

فَرْعٌ

قال أبو إسحاق: وينبغي للحاكم أن يمنع المرتد من مالهِ نظراً للمسلمين لئلا يتلفَهُ في الأيام التي يتأنى بهِ فإنه قد حضر السبب الذي يستحق المسلمون مالهُ، والظاهرُ من حالهِ أنه لا يقصر في إتلافه عليهم ما أمكنَهُ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو ارتدَّ العبدُ ثمَّ كاتبَهُ جازَ.

الفَصْلُ

إذا كانَ المسلم عبد فارتد العبد ثم كاتبه السيد صحت الكتابَةُ لأنها تشتمل على معاوضةٍ وصفةٍ، وتصح المعاوضة على المرتدّ ويصح عتقه بالصفةِ [١٣٢/أ] ولأن ردّته لا تزيل ملك سيده عنه ويجوز بيعه أيضاً بعد الردّةِ، فإن أدى الكتابة إلى السيدِ قبل الحجر عتق، وصار حراً مرتداً يستتاب فإن تابَ وإلا قتل وإن عجز نفسهُ استرقه السيدُ، فإن تاب وإلا قتل ويكون مالهُ لسيده وإن قتل على الرّدةِ قبل أن يؤدي وقبل أن يعجز انفسخت الكتابة بقتلهِ، ويكون ما في يده من المالِ للسيدِ لأنه قد عاد إلى ملكه بانفساخ الكتابةِ ولو تبرع بالأداءِ عن المكاتب المرتد صح وعتق، وإن اكتسب وأدى عتق أيضاً لأنهُ يملك كسبَهُ في حالةِ الردةِ، وإن صار محجوراً بالبيع والشراء على قول، ويملك بالهبةِ والوصيّةِ أيضاً.

فَرْعٌ

قالَ في «الأم»: ولا أجيز كتابة السيد المرتد ولا العبد المرتد عن الإسلام إلا على ما أجيز كتابة العبد المسلم بخلافِ النصراني ومن لم يسلم قط فيتركان على ما يستحلانِ في دينهما ما لم يتحاكما إلينا.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: ولو لحق السيّدُ بدارِ الحربِ بعد أن ارتد يتأدى الحاكم كتابة مكاتبه فمتى عجز يرده الحاكم إلى الرق، وإن عتق فولاءُهُ للذي كاتبه وإن كان مرتداً، وإذا عجز الحاكم المكاتب فجاءَ سيده تائباً فالتعجيز ماضٍ على المكاتب إلا أن يشاءَ السيّدُ والعبدُ أن يجددا الكتابة.

بَابُ جناية المكاتب على سيده

مَسْألَةٌ: قالَ: وإذا جنى المكاتبُ على سيدِهِ عمدَاً.

الفَصْلُ

اعلم أنه إذا جنى المكاتب على سيدِهِ نظر، فإن كانَ على طرفِهِ فالخصم فيه السيّدُ فإن كان عمداً فله القصاصُ، وإن كانَ خطأً فله الدية لأن السيّد مع مكاتبه [١٣٢/ب] وبكم يفديه فعلى ما ذكرنا من القولين، وقالَ أبو إسحق: إن كانَ ما في يدِ المكاتب لا يفي بالأرش والنجم فقولاً واحداً لا يفدي نفسَهُ إلا بأقل الأمرين، وإن كانَ ما في يده يفي بهما، ففيه قولان: أحدهما: هذا. والثاني: يفدي بجميع الأرش على ما ذكرنا، والصحيحُ الطريقة الأولى، وهي النصّ لأن الزيادة إضرارٌ بالسيّدِ في الجملة فلا تجوز إلا بإذن السيد قولاً واحداً.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «الأم»: لو أن مكاتباً بين رجلين جنى على أحدهما جنايةً ضمن الأقل من أرش الجنايةِ وقيمته فإذا أدى فهو على الكتابةِ وإن عجز عن أدائها مع الكتابة فللمجني عليهِ تعجيزه، فإذا عجزه بطل عنه نصف الجنايةِ لأنه يملك نصفه وكان لشريكه أن يفديها بالأقل من نصف أرش الجناية، أو نصف قيمته، فإن لم يفعل بيع نصفه في أرش الجنايةِ.

قال: ولو جنى عليهما معاً كان لكل واحدٍ منهما عليهِ في الجناية ما للآخرِ، فإن عجز المكاتب، أو عجزاهُ، أو أحدهما، فهو عاجزٌ وسقط نصف أرش جنايتهِ كل واحدٍ منهما،

ويصوّرُ إذا جنى كل واحدٍ منهما موضحةً وقد ذكرنا فيما تقدم حكمه.

ولو جنى على أحدهما موضحةً، وعلى الآخر مأمومةٌ كانَ نصف أرش الموضحةِ للمجني عليهِ فيما يملكه شريكه، ونصف أرش المأمومةِ للمجني عليهِ وعلى هذا الباب.

فَرْعٌ آخرُ

إذا جنى المكاتب على أجنبي خطأ فطلب مستحق الجنايةِ الحجر عليهِ فقد ذكرنا أنه إن كانَ الأرشُ أكثر من قيمتهِ إجيبَ إلى الحجر عليه لأنه لا يصل إلى الزيادةِ عليها إلا مما في يدهِ، وإن كان الأرش بقدر قيمته يحتمل وجهين: أحدهما: يجابُ أيضاً لأن أرش الجنايةِ يتعلق بما في يدهِ فصار كسائر الديون، والثاني: لا يجابُ إليهِ [١٣٣/أ] لثبوت الأرش في رقبتهِ وأنه يرجع عند إعساره إلى أخذ الأرش منها ذكره في «الحاوي».

بابُ جنايةِ المكاتبِ ورقيقهِ

مَسْألَةٌ: قالَ: وإذا جنى عبدُ المكاتبِ فعلَى سَيدِه الأقلُ مِن قيمةِ عبدِهِ يومَ جنى.

الفَصْلُ

اعلم أنه إذا اشترى المكاتب عبداً للتجارة فجنى هذا العبد على أجنبيّ إمّا حر، أو عبدٍ فإن كانت الجنايةُ عمداً فعليهِ القصاصُ، فإن عفى عنه فالدية وإن كانت خطأً فعليه الأرشُ، فإن أرادَ السيدُ أن يفديه كانَ له ذلكَ لأنه سيده وبكم يفديه ينبني على القولين في الحر في العبد القن، فإن قلنا: يفديه بأقل الأمرين كان للمكاتب أن يفديه بذاكَ لأنها لا تزيدُ على ثمن المثل، وإن قلنا: يفديه بأرش الجنايةِ بالغاً ما بلغ أو يسلمه للبيع نظرَ في الأرشِ، فإن كانَ أقل من قيمتهِ فله أن يفديه بهِ، وإن كانَ أكثر لم يكن لَهُ أن يفديه لأنهُ لا يملك ابتياع هذا العبد أكثر من ثمن مثله ويعتبر قيمة العبد يوم جنايته لا بيوم الفداءِ لأن تقويم جنايته زمان تعلق الأرش برقبته، وقالَ القفالُ: هكذا نصّ الشافعي وهو مشكل عندي ويجب أن يعتبر قيمته يوم الفداءِ لأن استدامةَ ملكه إنما يقع ذلكَ اليوم ولعل مراد الشافعي إذا تقدم هناك منعٌ من البيع، ثم قالَ الشافعيُ: فإن قوي على أدائها مع الكتابة، فهو مكاتبٌ يريد بهِ أنه لا يجوز تعجيزه لأن العجز لم يظهر بعد وإن أذن له سيده أن يفديه بأكثر من قيمته هل يجوز ذلكَ؟ فيه قولان كالقولين في هبته بإذن سيده.

فإن قيلَ: أليس لو ملكَ المكاتب أباهُ فجنى الأبُ [١٣٣/ب] قلتم: لا يجوز له أن يفديهِ أصلاً فما الفَرقُ؟ قلنا: الفَرقُ أنهُ لا يمكن التصرف في أبيه بالبيع، فلم يجز أن

يعاوض عنه بخلاف عبده الأجنبي ولهذا لا يجوز لهُ أن يشتري أباهُ وله أن يشتري من لا يعتق عليهِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولهُ تعجيلُ الكتابةِ قبلَ الجنايةِ، وقبلَ الدينِ الحالِّ.

الفَصْلُ

إذا كاتب عبداً فاجتمعت عليهِ حقوق كثيرةٌ مختلفةٌ من دين اقترضه وثمن مبيع اتباعَهُ وأرش جنايةٍ، فلا يخلو إما أن يكون قد حجر عليهِ أو لم يكن حجر عليه، فإن لم يكن حجر عليه فلا يخلو إما أن يكون كلها حالاً أو بعضها حالاً وبعضها مؤجلاً، فإن كان كلها حالاً فله أن يقدم ما شاءَ منها وإن كان بعضها حالاً وبعضها مؤجلاً كأرش الجناية لا يكون إلا حالاً ومال الكتابة قد يكون حالاً، وقد يكون مؤجلاً، وكذلك ثمن المبيع، فإن بدأ فقضى الدين الحال جاز ويبقى عليهِ المؤجل، وإن أراد تعجيل المؤجل نظر، فإن أراد تعجيل دين الأجنبي لم يكن له ذلكَ لأنه يجري مجرى التبرع، فهو كالهبةِ وإن أراد تعجيل مال الكتابةِ فهو هبةٌ من سيده، فيكون بمنزلة الهبةِ بإذنه فيه قولان إلا أنه لا يؤدي مال الكتابةِ من العبد الجاني لأن أرش الجنايةِ تتعلق برقبته وهو مرتهن، فليسَ له أن يتصرف فيه حتى يفكه من الجنايةِ.

وإن كان قد حجر عليه بأن كانَ المال الذي في يده يضيق عن ديونه فسأل غرماءه الحاكم الحجر عليهِ فحجر فإن تصرفهُ ينقطع بذلكَ كما قلنا في الجر المحجور عليهِ ويكون الأمرُ إلى الحاكم. قال الشافعيُّ: فيؤدي الحاكم إلى سيدهِ وإلى الناس [١٣٤/أ] ديونهم شرعاً، وأراد بهِ أن يقسم بينهم بالحصصِ ولا يقدم بعضهم على بعضٍ، وهذا لأن الكتابة ما دامت باقية فدين سيده لأن لازمٌ كدين الحرّ سواءً وليس مراد الشافعي أن يقضي كل واحدٍ منهم جميع دينه لأنه ربما يحجر عليه إذا لم يكن في يده ما يفي بما عليهِ وخيف النقصان، وظهرت أماراتُه، وهذا ظاهرٌ في كلام الشافعي لأنه قالَ عقيبَهُ: فإن لم يكن عنده ما يؤدي هذا كله عجزه فدلّ أن ماله لا يفي بديونهم حتى حجرَ عليهِ، هكذا ذكره أبو إسحق، وقال ابن أبي هريرة: يبدأ بدين المعاملةِ على مالِ الكتابةِ وأرش الجنايةِ إذا لم يكن في المالِ وفاء بالجميع لأن صَاحب الدين لا حق له في الرقبةِ، وكذلكَ المجني عليهِ. وقالَ القاضي الطبري: لا يختلف أصحابنا أن مذهب الشافعي هذا وتأويل ظاهر كلام الشافعي أنه أرادَ إذا كانَ ماله يفي بقضاءِ ديونهِ، وإنما حجر عليهِ لأنه خيفَ إفلاسهُ فيسري حينئذٍ في القسمةِ والثاني: أنه أراد بهِ إذا رضي أصحاب الديون بذلك وعلى هذا إذا دفع إلى صاحب الدين حقه نظرَ، فإن بقي معَهُ شيءٌ دفع إلى المجني عليهِ وقدم على السيد لأنه يأخذ بالجنايةِ

والسيد يأخذ بالملك، وحق الجناية مقدم على الملك، ثم إذا قضى حق المجني عليهِ، فإن بقي معَهُ شيءٌ دفعه إلى السيدِ وإلا عجزه السيد وإن لم يكفِ بقي بعد قضاءِ الدين شيءٌ فلكلٍّ واحدٍ من السيد والمجني عليهِ تعجيزه على ما ذكرنا ثم إذا اختار تعجيزه انفسخت الكتابة وبرئت ذمة المكاتب مما عليهِ من حق السيدِ وبقي حق المجني عليهِ متعلقاً برقبته وإن لم [١٣٤/ب] يختر السيدُ تعجيزه واختار المجني عليهِ ذلكَ، قيل: للسيدِ أتختار الفداء؟، فإن اختار ذلكَ بقي على الكتابةِ وإن لم يختر فللأجنبي أن يرفع الأمر إلى الحاكم حتى يفسخ الكتابة ويبيعه في الجنايةِ، فإن كان ثمنه قدر الأرش أو أقل دفع إليهِ، وإن كانَ أكثر فالفضلُ للسيدِ وعلى هذا لو أدى أولاً دين السيد لم يعتق إلا بإذن الغرماءِ وإذا قلنا: يقول أبي إسحق فأخذ كل واحدٍ منهم بعض حقهِ فللسيدِ والمجني عليهِ تعجيزه إياه لا يفيده شيئاً ويستضر به لأنه ما دامَ مكاتباً يكتسبُ يطالبه بما بقي من حقه فإذا صار عبداً فماله في ذمته يطالبه إذا عتق، فإن أنظره السيد والمجني عليه ترك على الكتابة، فإن رجعا فيهِ وأراد تعجيزه كان لهما لأن الإنظار في الدين الحالِ لا يلزم عند الشافعي خلافاً لأبي حنيفة والمستحب أن لا يرجعا عن ذلكَ، وإذا عجزه السيدُ والمجني عليه، أو أحدهما عاد ملكاً للسيدِ. قال الشافعيُّ: ثم خير الحاكم سيده بين أن يفديه بالأقل من أرش الجناية، أو يُباع فيعطي أهل الجنايةِ حقوقهم دونَ من داينه لأن ذلك في ذمته متى عتق اتبع به، فأوجب الشافعي تسليم العبد، أو أقل الأمرين من الأرش أو يسلمه للبيع، وقد ذكرنا ذلكَ.

وفَرَّعَ أبو العباس فقالَ: إذا مات المكاتب وفي يده مالٌ لا يفي بالحقوق فقد انفسخت الكتابة بالموت وسقط حق السيدِ من المالِ، وعاد رقبته إلى ملكه وحق المجني عليهِ من الأرش يسقط أيضاً لفوات الرقبةِ فيبقى دين المعاملةِ ويدفع ذلك من المال الذي في يده، فإن فضل شيءٌ كان للسيد لأنه كسب عبده فهذا كله إذا كان [١٣٥/أ] في يد المكاتب مالٌ، قالَ: فإن لم يكن في يده شيء بحالٍ فلا يخلو، إمَّا أن ينظره أصحاب الحقوق، أو لا ينظروه، فالحكم على ما ذكرنا وعند أبي حنيفة إذا عجزه السيد والمجني عليه يتعلق دين المعاملةِ بالرقبةِ كما قال في المأذون إذا ركبه الديون.

فَرْعٌ

قالَ بعض أصحابنا بخراسان: إذا حجر عليه بسبب الديون الحالةِ هل تحل الديون المؤجلةُ فيه طريقان: أحدهما: قولان كما قلنا في الحر المفلس والثاني: تحل قولاً واحداً بخلاف الحر لأن هناك اجتماع حجر ورق وللرق تأثير في إبطالِ الذمةِ بدليل أن الشافعي قال في الحربي: يسترق وعليهِ دين مؤجل يحلُّ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وسواءٌ كانتِ الجناياتُ متفرقةً أو معاً، أو بعضَها قبلَ التعجيزِ، أو بعدَهُ يتحاصّونَ في ثمنِهِ معاً.

اعلم أنه إذا جنى المكاتب جنايات على جماعةٍ فلزمهُ بها أرش نظر، فإن كان في يده مال يفي بالأروش كلها دفع منه وبقي الحكم بينه وبين السيدِ، فإن أدى النجوم عتق وإن لم يؤد كان له استرقاقه، وإن لم يكن في يده واختاروا تعجيزه والبيع في حقوقهم، فإن كان ثمنه يفي بحقوقهم دفع إلى كل واحدٍ منهم قدر حقهِ وإن كان لا يفي قسط ثمنه على أروش الجنايات ودفع إلى كل واحدٍ منهم قدر ما يصيبه منه ولا فرق بين أن يكون جنى على جماعتهم دفعه، أو على بعض بعد البعض أو على بعضهم بعد التعجيز وعلى بعضهم قبل التعجيز، وهذا لأنها مزدحمةٌ على رقبته، فلا ترتيب فيها، فإن أبرأهُ بعضهم عما وجب له من الأرش رجع حقه إلى الباقين فيسقط عنهم ويتوفر ذلك على حقوقهم لأن المزاحمة قد سقطت، [١٣٥/ب] فإن اختار السيدُ أن يفديه ويبقيه على الكتابة فله ذلكَ على ما ذكرنا.

فإن قالَ السيد: ضمنت فداه لزمهُ الأقل، وإن قال: ضمنت أرش جنايته لزمه الأرش بالغاً ما بلغ.

ثم إنه بعد ما قال: اخترت الفداءَ، والبيع أو باعَهُ بإذن المجني عليهِ بشرط اختيار الفداءِ ونحو ذلكَ، وإنما شرطنا ذلك المجني عليهِ في البيع لأن قوله: اخترت الفداء لا يسقط حق المجني عليه من رقبةِ العبد ما لم يؤد المال.

فإن جنى هذا العبد بعد اختيار الفداءِ جناية أخرى فإن أدى السيد الفداء الأول خلص العبد للجناية الثانية، فيباع فيها، وإن احتيج إلى بيعه في الجناية الثانية قبل أن يؤدي السيد الفداء فللأول أن يقول: بيعوهُ في الجنايتين فيقتسمان ثمنه على قدر حقيهما يصرف كل واحدٍ منهما في ثمنه بجميع أرش جنايته، ثم يكون للأول على السيدِ أن يتم له الأقل من قيمته أو أرش جنايته بحكم اختيار الفداء لأنه في القدر الذي هو النقص الداخل على المجني عليهِ الأول كأنه مات العبدِ بعد اختيار الفداءِ فيلزم السيّدُ الغرم.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو قطعَ يدَ سيدِهِ فَبرأَ وعتقَ بالأداءِ اتبعَهُ بأرشِ يدِهِ.

هذه المسألةُ مبنيّةٌ على مسألةٍ في الحر وهي إذا قطع حرٌ يدَ حرٌ عمداً فلهُ القصاص قبل الاندمالِ، فإن عفا فهل له الدية قبل الاندمالِ قولان، فإذا ثبت هذا رجعنا إلى مسألتنا، فإذا قطع المكاتب يد سيده عمداً فقد وجب له القصاص، فإن اختار ذلكَ كانَ له استيفاءهُ في الحالِ، فإن عفى على مالٍ، أو كانت [١٣٦/أ] الجنايَةُ خَطأً، فوجب الأرشُ فهل له المطالبَةُ بالأرش في الحال أم ينتظر الاندمال فيه قولان، فإن قلنا: لهُ المطالبة في الحال

نظرَ، فإن معهُ قدر الأرش دفعه إليهِ ثم إن كانَ معهُ وفاءٌ بمال الكتابةِ، وإلا كان له تعجيزه، فإن لم يكن معه قدر الأرش كان له تعجيزه للأرش، ولمال الكتابةِ، فإذا فعل ذلكَ عاد إلى ملكه وسقط عنه مال الكتابةِ وفائدة الفسخ عَود المكاتب رقيقاً قناً هكذا ذكره أصحابنا بالعراق، وقد ذكرنا قبل هذا أن السيد لا يعجزه من أجل الأرشِ، وهو اختيار القفال وهو القياس على ما ذكرنا، وإذا قلنا: ليس له المطالبة بالأرش قبل الاندمالِ وهو القول المشهور نظر فإن اندمل قبل أداءِ مال الكتابةِ والعتق، فله المطالبة بالأرش والحكم فيه كما ذكرنا إذا قلنا: له المطالبة بالأرش في الحال، وقدر الأرش معتبر بجناية المكاتب فيه قولان: أحدهما: أنه مقدر بأقل الأمرين من قيمة المكاتب، أو دية اليدِ، والثاني: أنه مقدر بدية اليدِ، وإن كان إضعاف قيمته، وإن اندمل بعد عتقه بأداءِ المال، فإنه يؤدي الأرش في حال الحرية، ومنصوص الشافعي: أنه يلزمه أرش اليد، وهو نصف الدية ومن أصحابنا من قال: هل يعتبر بها جنايةِ الحرأم جناية المكاتب فيه وجهان: أحدهما: يعتبر بها جناية الحر اعتباراً بحالة استقرار الأرش بعد حرية المكاتب فيلزمهُ دية اليدِ، والثاني: يعتبر جناية المكاتب اعتباراً بوقت الجنايةِ لأنه جناها وهو مكاتب فيكون على قولين: على ما ذكرنا أحدهما: أنه يقدر بأقل الأرش، والثاني: أنه مقدر بدية اليدِ ما بلغت، [١٣٦/ب] وعرض الشافعي بهذه المسألة أن عتقه بأداءِ النجوم لا يسقط عنه أرش يده ولم يرد به أن السيدَ ممنوع من طلبِ أرش يده أيام كتابتهِ.

فَرْعٌ

لو أعتقه السيدُ بعد جنايته على يده، فإن كانت عمداً لم يسقط القصاص بعتقه وإن كان خطأً، فإن لم يكن بيده مال وقت عتقه بريء من أرش الجنايةِ بخلافِ عتقه بالأداءِ ولأن عتقه بالأداءِ كانَ من غير اختياره، فلم يتضمن الإبراء من الجنايةِ. قال صاحب «الإفصاح» قياساً على ما قال الشافعي: لو جنى المكاتب على غيره، ثم أعتقه سيده ضمن السيدُ أقل الأمرين من قيمته، أو الأرش، وإن كان بيده مال حين أعتقه السيد، فهل يتعلق أرش الجنايةِ بما في يده من المالِ فيه وجهان: أحدهما: لا يتعلق لأن الأصل في محل الأرش الرقبة والمال الذي في يده تابع لها، وقد أتلفَ الرقبة باختياره، فسقط حقه بذلك، والثاني: يتعلق بما في يده لأنه كانَ له الاستيفاءُ منه قبل العتق فكان الاستيفاءُ بعده منه لأن العتق ليس بإبراءِ فعلى هذا لا يبرأ من أرش الجنايةِ بالعتق ويستوفي بما في يده، وقال في «الحاوي»: فإن عجز المال عنه نظر فإن علم السيد بعجز المال بريء من الباقي، وإن لم يعلم بعجز المال لم يبرأ من الباقي ويؤخذ به بعد العتق، ثم إذا طالبه بالأرش بعد العتق لا تتحمل عاقلته، وإن كانت الجناية خطأً لأنه جنى في الرق ولا عاقلة لهُ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وأيُّ المكاتبينِ جنى وكتابتهُم واحدةٌ لزِمَهُ دونَ أصحابِهِ.

يعني إذا كاتب عبيداً في عقدٍ واحدٍ، وقلنا: يصح فكل واحدٍ منهم يكون مكاتباً بما يخصه [١٣٧/أ] من العوض، ولا يتحملُ بعضهم ما يلزم البعض، وقال بعض السلفِ: هم كالعبدِ الواحدِ ويلزم بعضهم جناية بعضٍ، وحكي هذا عن مالكٍ لأن الأرش في مال الكتابةِ لا في الرقبة وما لم يؤد جميع النجوم لا يحصل العتق لواحدٍ منهم عنده، وهذا غلط لأن ضمان الجنايةِ لا يصح بدليل أنه لو تعاقد رجلان على أن يضمن كل واحد منهما ما يجنيه الآخر لا يجوز فلا يتضمنه عقد الكتابةِ كضمان القصاص.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو كانَ هذا الجانيْ ولدُ المكاتبِ وهبَ لهُ أو وُلِدَ لهُ مِن أمتهِ.

الفَصْلُ

قد ذكرنا أنه إذا جنى ولده أو والده في ملكه لا يجوز لهُ الفداءُ، بل يباع في الجناية فإن بيع في الجنايةِ ثم أبرى المجني عليهِ من الأرش قبل القبض فكذلكَ الثمن يبقى للمكاتب، وإن كانَ هذا ولد المكاتبة وهب لها فقبلته فكذلكَ، وإن كانت ولدته في الكتابة، ففي ثمنه القولان، كما في قيمته لو قتل أحدهما: هو للسيد، والثاني: إنه للأم.

وقوله: ههنا لأني لا أجعل له بيعهم أرادَ بالبيع الشراء أي: لا يجوز للمكاتب أن يشتريهم فلا يجوز له أن يفديهم، وإن كان أرش الجنايةِ أقل من قيمته بيع منه بقدر الجنايةِ كما لا يباع من العبدِ القن إلا بقدرِ الجناية وما بقي بحالهِ يعني من هؤلاءِ يعتقون بعتق المُكاتب، أو المكاتبة.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وإنْ جنى بعضُ عبيدِ المكاتبِ على بعضٍ عمداً فلهُ القصاصُ.

الفَصْلُ

يعني: أن المكاتب إذا كان له عبيدٌ [١٣٧/ب] فجنى بعضهم على بعضٍ نظر في الجنايةِ، فإن كانت موجبةً للمالِ كانت هدراً، وإن كانت موجبةً للقصاصِ فله أن يقتص من الجاني لأنه يتعلق بمصلحة ملكهِ فإن في القصاص حياة كما قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩]، وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل له الاقتصاصُ دون إذن السيّدِ فيه قولان، وهذا غريبٌ ثم ينظر، فإن اقتص جاز، وإن عفا سقط القصاصُ ولا مالَ له بحالٍ، وقال أبو حنيفة: لا يلزم القصاصُ كما قلنا في الحر يقتل بعض عبيد بعضاً لا قصاصَ عنده.

ثم قال الشافعي: إلا أن يكونَ والداً يعني والد المكاتب إذا جنى على عبدِ المكاتب، فلا يقتل والده بعبده لأنه لا يقتل به فلأن لا يقتل بعبده أولى.

ولو كان له ابن مملوكٌ فقتل عبداً له كانَ له قتله لأن الابن يقتل بالأبِ فجاز له أن يقتله بعبد نفسهِ إذا كانا مملوكين.

وأمَّا إذا كان أحد عبيده والداً للآخر فقتله لم يقتل به وكان هدراً.

ولو عجز المكاتب قبل العفو فللسيد القصاص ممن كان يقتص المكاتب، ولا يجوز أن يقتص ممن لم يكن للمكاتب أن يقتصّ منه.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو أعتقَهُ السيدُ بغيرِ أداءٍ ضمنَ الأقلَ مِن قيمتِهِ أَو الجنايةِ.

اعلم أنه إذا كاتب عبده ثم جنى المكاتب جنايةً خطأً، أو جناية عمدٍ وعفى عن القصاص فالأرش يتعلق برقبتِهِ لأنه بمنزلة العبدِ القن في الجنايةِ، فإن كانَ في يده مالٌ جاز أن يدفع منه الأرش، وقال أبو حنيفة: لا يدفع إلا مما يكتسبُ من بعد الجنايةِ، [١٣٨/أ] فإن أعتقهُ السيدُ نفذ ولزمَهُ ضمانُ الجنايةِ لأنه أتلف محل الأرش، ومنع بيعه فهو كما لو قتل العبد الجاني على ما ذكرنا، ولو لم يعتقه السيّدُ ولكنه عتق بالأداءِ فالضمان على المكاتب فعليهِ الأقل من قيمة نفسه أو الأرش كما كان ذلكَ على سيد إذا أنشأ إعتاقه وعلل الشافعي في هذه المسألةِ، فقال: لأنه لم يعجز، معناهُ لم يعجز حين بيع رقبته في جنايته، ولكنه عتق بالأداءِ فطالبناهُ في زمانِ حريتهِ بجنايتهِ في زمان كتابتهِ وفي الحقيقة هو المانعُ من بيع رقبة نفسهِ وهو المتلفُ على الجاني دون السيّد.

فإن قيل: أليسَ قد قبض المال والعتق حصل بالقبضِ بعد الأداءِ فلم جعلتموه متلفاً دون السيدِ قيلَ: جنية المكاتب أقوى لأن السيد يجبر على القبضِ إذا طالبَ المكاتب بهِ وهو لا يجبَرُ على أداءِ المالِ وإن عجز المكاتب عن الأداءِ ورق فهل تعتبر جنايتهُ بابتدائها في حال كتابتهِ أو تعتبر بانتهائها بعدَ رقهِ وجهان: أحدهما: يعتبر بابتدائها في الكتابةِ فعلى هذا يفديه السيدُ بأقل الأمرين من قيمتهِ، أو أرش الجنايةِ، والثاني: يعتبر بانتهائها في حالِ رقه، فعلى هذا قولان: أحدهما، يفديه بأقل الأمرين، والثاني، يفديه بكل الأرش، وإن كانَ أضعاف قيمتهِ إلا أن يمكن من بيعه فلا يلزم أكثر من قيمته.

فَرْعٌ

لو جنى المكاتبُ على سيده خطأ، وقلنا: لا يستحق الأرش قبل الاندمالِ في قولٍ وكان المكاتب أدى شيئاً من النجوم فتراضيا على أن يكونَ الباقي محسوباً من أرشِ الجنايةِ

ففي جوازهِ قولان بناءً على [١٣٨/ب] القولين في تعجيل الدين المؤجل والأصحُّ ههنا المنعُ لأنه مع تأجيله مجهول القدرِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو كانَ جنى جنايةً أُخرى.

الفَصْلُ

اعلم أنه إذا جنى المكاتب جنايات فتعلق أرشها برقبتهِ ثم أعتقه السيدُ فلزمهُ ضمان تلك الجنايات، أو أدى المال فعتقٌ فلزمهُ ضمانها كم القدر الذي لم يضمن قولان: أحدهما: يضمن أقل الأمرين من أرش كل جنايةٍ، أو القيمة لأن المنع مِنَ البيع حصل في كل جنايةٍ بالعتق فيلزم أقل الأمرين، لكل جنايةٍ كما لو جنى عبده ففداه ثم جنى ثانياً يلزمه ثانياً، والثاني: وهو الأصح يلزمهُ الأقل من أرش الجناياتِ كلها أو القيمة لأن الأروش كلها تعلقت برقبته، والمنع من الإعتاق حصل دفعةً واحدةً فكانَ عليه الأقل من الأروشِ كلها، أو القيمةِ، كما لو جنى عبده جنايات كثيرة ثم أعتقه السيّدُ يلزمه مثل ذلكَ. وهذا اختيار المزني، واحتج المزنيُّ بأنه لو عجز وعاد رقيقاً بيع وتحاصّوا في ثمنه كذلكَ ههنا، فإن قيل: إذا عادَ رقيقاً يمكن أن يُباعَ في حقوقهم فاشتركوا وههنا المنع حصل من السيد، أو المكاتب بالعتق في كل واحدٍ منهم قلنا: المنع كانَ مما استحقوهُ والذي استحقوهُ المشاركة في الرقبةِ وبقي ذلكَ بعد العتق في قدر قيمته وهذان القولان كالقولين في جنايات أم الولدِ.

فَرْعٌ

هذه المسألةِ إذا جنى المكاتب جنايات خطأً فعجزه السيد وردهُ إلى الرق فهو بمنزلة العبدِ القن، فالسيدُ بالخيار بين التسليم للبيع وبين الفداءِ، فإن اختارَ الفداءَ [١٣٩/أ] فقد ذكرنا بكم يفدي فإن جنى جناياتٍ، وهو مكاتب فاختار الفداءَ ظاهرُ ما ذكره الشافعيُّ: أنه يفدي نفسه بأقل الأمرين من أرش كل جنايتهِ، أو القيمة، واختلفَ أصحابنا فيه فمنهم من قالَ: هذه المسألة كالمسألةِ المتقدمة فيه قولان: لأنه ما دامَ على الكتابةِ فبيعه ممنوعٌ فهو كما لو امتنع بيعهُ بالعتق، قال أبو إسحق: ولا يعرفُ الشافعي إلا أنه قالَ: يفدي نفسَهُ بأقل الأمرين وهذا النصّ على ما ذكرنا غير صحيح ومن أصحابنا من قالَ: يفديهُ بأقل الأمرين من أرش كل جنايةٍ، أو القيمةِ على ما نص عليهِ الشافعيُّ، وحكاهُ أبو حامدٍ، والفرقُ أن هناك أتلفَ محل الأرش بالإعتاق، وههنا الرقبة باقيةٌ يمكن بيعها في الجنايةِ فوجبَ ضمان كل جناية على الانفراد كالعبدِ القن سواءً وهذا الفَرقُ باطلٌ بما لو عجز المكاتب ففسخ السيدُ الكتابة واختار الفداءَ، فإنه مانع من البيع مع بقاء الرقبةِ، ولا يضمن لكل واحدٍ أقل الأمرين في أحد القولين، قال المزنيُّ: قد قطع في هذا الباب بأن الجنايات متفرقة أو معاً سواءً،

وهو بالحق عندي أولى، يقال له: إنما قالَ ذلكَ في حال التعجيز ومسألتناهذه في حالة عدمِ العجز فكيف يتشابهان؟.

فَرْعٌ آخرُ

لو أقرّ المكاتبُ بما يوجبُ القصاص يقبل وإن أقرّ بما يوجب المال يقبلُ أيضاً، وقالَ بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهٌ آخرٌ لا يقبل كالعبدِ القنِّ، وهو خلاف النص، فإذا قلنا: يقبل فأقرّ بجناية أرشها ألفٌ، وقبلنا فعجز بعد ذلكَ، وعاد رقيقاً فادعى المولى أن الأرش كانَ خمسمائةٍ، ففيه قولان: أحدُهما: [١٣٩/ب] لا يقبَلُ من السيدِ لأنا قبلنا إقرار المكاتب، والثاني: يقبل منه كما لو أقرّ الآن بعد العجز لا يقبل على السيّدِ ويقبَلِ تكذيبُهُ ذكرهُ القفالُ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: فإنْ جنى علَى المكاتبِ عبدَهُ.

الفَصْلُ

إذا جنى عبد المكاتب على المكاتب جناية خطأً أو جناية عمدٍ وعفا عن القصاص كانت هدراً على ما ذكرنا ولا يجب على العبدِ الأرش لأن العبد ملكه، قالَ: وإن كانَ هذا العبدُ ابنه من أمتهِ من أصحابنا من قالَ: يكون أيضاً هدراً وهو اختيارُ أبي حامدٍ. وقال القاضي الطبري: نص عليهِ في «الأم»: وهذا مملوكه كغيره، وقال صَاحب «الإفصاح»: من أصحابنا من قال: يجوز له أن يبيع منه بمقدارِ الأرشِ لأنه لا يملكُ بيعهُ من غير حاجةٍ، فيستفيد بالجنايةِ جواز البيع وهذا لا يصحُّ لأنه لو جاز هذا لجاز إذا جنى عبده المرهون عليهِ أن يستفيد به بيعُه وفائه من الرهنِ ولا يختلف المذهبُ فيهِ أن جنايته هناكَ هدرٌ ولا يستفيد بيعه، وإخراجه من الرّهن، ويمكن أن يجابَ بأن الراهن لا يستفيد شيئاً ببيعهِ لأنه يحتاج أن يقضي الدين بثمنه أو يجعله رهناً مكانه، وههنا يستفيد حصول أرش الجنايةِ له، وقيل ما ذكره أبو علي صاحب «الإفصاح» نصّ عليهِ في «الكبير» وفيه نظرٌ.

فَرْعٌ

قالَ في «الأم»: فإن ملكَ المكاتب أباه وأمهُ فجنى عليهما جناية فيها قصاصٌ فلهما القصاص، فإن اختارا المال لم يكن لهما ذلكَ، وكذلكَ إن كانت الجناية خطأً لم يكن لهما شيءٌ لأنهما غير خارجين من ملكه وقالَ القاضي الطبري: أوجبَ الشافعي القصاص على المكاتب لمملوكه [١٤٠/أ] لوجود التكافىء بينهما، ولم يجعل الملك شبهةً. قُلتُ: سألتُ كبار أصحابنا عن المكاتب إذا قتل عبدهُ هل يلزمه القصاص، فلم يقطعوا بجواب حتى رأيتُ

هذا عن القاضي الطبري فذهبتُ إلى وجوب القصاصِ لأنهما مملوكان للسيدِ وقد وجد التكافيء بينهما، ثم رأيت أصول الشافعي دالة على أن لا قصاص عليهِ وهو المذهبُ لشبهة الملكِ ونصّه في هذا الموضع من أجلِ أنه لا يجوز له بيع أبيه ولا أمهِ فجري منه في الجناية مجرى الأحرار دون العبيد، وثبت القصاصُ بينهما. قالَ أصحابنا: ولا نعرف للشافعي مسألةٌ يقتصّ من المالكِ للمملوك إلا هذه المسألة الواحدة، وقال في «الحاوي»: لو جنى المكاتب على ولده في ملكه فلا قصاصَ لأنه لا يقتلِ والد بولدٍ وإن كانت على والده، ففيه وجهان: أحدهما: لا قصاصَ أيضاً لأنه عبده والمولى لا يقتصّ بعبدهِ، والثاني: وقد أوميء إليه الشافعي في بعض كتبه أنه يقتص منه لما ذكرنا من العلّةِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وللمكاتبِ أنْ يؤدب ولا يحدهُمْ.

إذا كانَ للمكاتب عبيد ففعل بعضهم ما يستحق التعزير فله أن يعزره لأنه مملوكٌ لهُ فيه مصلحتهُ ولو فعل ما يوجبُ الحد لا يملكُ هو إقامةُ الحدِّ لأن طريق إقامةِ الحدِّ الولايةِ وليسَ هو من أهل الولاية، وذكر القفالُ وجهاً عن أصحابنا: أنه يحدّ لأن إقامتَهُ لاستصلاح الملكِ وهذا خلافُ النصّ.

بَابُ مَا جُني على المكاتَبِ[(١)]

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وأرشُ ما جنيَ على المكاتبِ لَهُ [١٤٠/ب].

هذا يَدلُّ على أنه لا يملكُ كسبَهُ وأرش ما يجني عليهِ، وإن كان لا يتصرف فيه تصرفاً مطلقاً، وقال مالكٌ: أرش ما جنى على المكاتب لسيده لأنه ليسَ من كسبِهِ وهو قيمة ملك مستهلكٍ، وَهذا غلطٌ لأن المكاتب خارج عن حكم ملكهِ، ولهذا مهر المكاتبة لها، فأرش الجنايةِ أولى، فإذا تقرّر هذا، نقول: إذا جنى على المكاتب لا يخلو أمّا أن يجني على نفسهِ أو على طرفه فإن كانت على نفسهِ فقتل انفسخت الكتابة سواءٌ قتله أجنبي أو سيده، كما لو مات، ثم ينظر، فإن كان القاتل أجنبياً فعليهِ القيمةُ للسيدِ والكفارة للّهِ تعالى وإن كانَ الجاني سيده فلا قود عليهِ لأنه عادَ إلى ملكه بانفساخ الكتابةِ، ولكن تجب الكفارةُ وقوله: ولو قتله السيدُ لم يكن عليه شيءٌ يعني سوى الكفارة من القيمةِ وغيرها ويعزره السلطان، وأمّا ما في يده من الكسبِ فإنه للسيدِ في الموضعين، فإن قيل: ورثتم القاتل في هذه المسألةِ، قيل: هذا ليس بميراثٍ، وإنما يأخذه السيدُ بالملكِ لبُطلانِ كتابتهِ ونظيره أم الولد إذا قتلت سيدها

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/ ٢٧٩).

عتقت لأن الحريّة ليست بموروثة، وكذلك من له دين مؤجلٌ فقتل من عليهِ الدين حلّ وسقط الأجلُ.

وإن جني على طرفهِ فإن كان الجاني سيده فلا قصاصَ لأنه ملكه، وإن كانَ ضعيفاً، ولكن يلزمه الأرشُ، وإن كان الجاني أجنبياً، فإن كانَ حراً لا قصاصَ، وإن كانَ عبداً يلزم القصاص، وإذا وجب الأرش يكون للمكاتب لأنه من جملة الكسبِ، وهل له أن يطالب به قبل اندمال الجراح؟ فيه قولان: فإذا قلنا: لا يطالبُ نظر فإن سرَتِ الجنايةُ إلى نفسهِ انفسخت الكتابَةُ، ويعود إلى ملكِ السيّدِ وما في يده من المالِ، [١٤١/أ] ثم ينظر في الجاني فإن كانَ أجنبياً لزمَهُ قيمة العبدِ للسيد والكفارة للَّهِ تعالى، وإن كان السيدُ فلا قيمةَ عليهِ وتلزمهُ الكفارة، وإن اندمل الجرح فله المطالبَةُ بإرشه. وفرضَ الشافعي المسألةَ فيه إذا كان قد قطع يدَهُ، فوجب نصف قيمته، فإن كانَ الجاني أجنبياً، فالمكاتب يأخذ منه الأرش ويتصرف فيه ويؤديه في مال الكتابة، وإن كان الجاني سيدهِ فإنه يستحق عليهِ أرشَ الطرفِ، والسيدُ يستحق عليه مال الكتابةِ ويجب الأرشُ من غالب نقد البلد لأنه بدلٌ عن متلفٍ، ثم ينظر فإن كانَ أحد الحقين من غير جنس الآخرِ لم يتقاصّا بل يُطالب كل واحدٍ منهما صَاحبه بحقه فيستوفيه، وإن كانَ من جنس الآخرِ نظر، فإن كانَ قد حلّ مالٌ فقد تساويا في الحلولِ والجنسِ، فهل يصير قصاصاً؟ فيه أقوالٌ، وأجابَ الشافعي ههنا إن طلبَ العبد يكفي لهذه المقاصّة، فإن قلنا: لا يصير قصاصاً استوفى كل واحدٍ منهما ما على صَاحبه من الحقِ، وإن قلنا: يصير قصاصاً، فإن تساوى الحقانِ برئت ذمة كل واحدٍ منهما مما عليهِ وعتق، وإن كانَ الأرش أكثر من مال الكتابةِ برئت ذمة المكاتب من مال الكتابةِ، وعتق ويكون له مطالبة السيدِ بفاضل الأرش، وإن كان مال الكتابةِ أكثر برئت ذمة المكاتب من قدر الأرش ويبقى الباقي فإن أدى وإلا فللسيدِ تعجيزه، وإن لم يكن حل على المكاتب مالُ الكتابةِ لا يجبَرُ على المقاصّةِ إلا أن يختارَ ذلكَ فيصير كما لو عجل مالَ الكتابةِ، وإذا قلنا: له المطالبَةُ بالأرشِ قبل الاندمال فالحكم فيه كما لو اندمل وطالبه بالأرش على ما ذكرنا في المقاصّةِ وغيرها إلا أنه ينظر في الأرش، فإن كانَ مثل دية حُرٍّ أو أقل منها [١٤١/ب] كانَ لهُ المطالبَةُ بجميعهِ، وإن كانَ أكثر لم يكن له أن يأخذ أكثر من الديةِ لأنه ربما تسري الجنايةُ إلى نفسهِ، فيعود الواجب إلى قدر الدية.

فإذا أخذ المكاتب من السيدِ الأرش وأدّاه وعتق، أو تقاصّا وعتق لم يحل، إمّا أن تندمل الجناية أو تسري إلى النفسِ، فإن اندملت استقر حكم ما أخذه من الأرشِ إلا أن يكونَ الأرشُ زائداً على قدر الدية، فيكون للمكاتب أن يرجعَ عليه فيطالبهُ بتمامهِ وإن سرت الجناية إلى نفسهِ، فقد ماتَ حراً وصَار الواجبُ فيه الدية، فإن كانَ أخذه من السيدِ قدر

الدية فقد استوفى حقه، وإن كانَ أقل وجبَ للسيدِ تمامُهُ، ويكون الفضل موروثاً عن المكاتب لأنه مات حراً، فإن كان له مناسبٌ استحقَ ذلك، وإن لم يكن له مناسب نقل إلى بيت المالِ، ولا يرث السيد شيئاً لأنه قاتل، وقول الشافعي ههنا: فإن كانَت الجناية غير حالةٍ كان له تعجيل الأرش يعني: إذَا كانت النجوم غير حالةٍ كان للمكاتب استعجال الأرض فعبّر عن الاستعجال بالتعجيل، وإن ماتَ هذا المكاتب قبل قبض الأرش سقط الأرش عن السيدِ لأنه صَار مالاً، وقال القفال: قال أصحابنا: لهُ استيفاءُ الأرشِ في الحَالِ ههنا قبل الاندمال كما نَصَّ ههُنا، وإن في غيره قولان، والفَرقُ أن المكاتب لو لم يفعل ذلكَ، وقلنا: اصبر فصبر ربما يموت، وَهو رقيقٌ، فبطل حكم الجنايةِ، ويصير هدراً ولا يؤمرُ أحدٌ بتأخير حقهِ إلى أن يصير هدراً، بل يستقر وجوب دية النفس، فافترقا، [١٤٢/أ] وقال أبو حنيفة رحمهُ اللَّه: إذا قتل السيد مكاتبه وكانَ في الأرش وفاءٌ بالنجوم وزيادة حكم بأنه مات حُراً، وأخذ من السيِّدِ باقي قيمته، ولاَ تجبُ الدية، وفي هذا مناقضَةٌ لأنه لو ماتَ حُراً لوجبت الدية دُونَ القيمةِ.

بَابُ الجنايةِ على المكاتب ورقيقه عمداً

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وإذا جنى عبدٌ على المكاتبِ.

الفَصْلَ

إذا كاتبَ عبدَهُ كتابةً صحيحة ثم جنى عبد السيد عليهِ، فقطعَ طرفاً من أطرافهِ يجبُ القصاصُ، فإن أرادَ المكاتب أن يقتصّ ومنعه السيِّدُ، وأرادَ إجبارَهُ على العَفْوِ على المال فلهُ القصاصُ، وليس لهُ الإجبار لأن السيد ممنوع من مالهِ وبدنه، وذكر الربيع هذه المسألة في «الأم»، كما حكاها المزني، ثم قال: وفيه قولٌ أخرٌ: أنه ليس له أخذَ القصاصِ لأنه قد يعجز فيعود مقطع اليدِ إليهِ، وقال أبو إسحق: هذا الذي قاله الربيع يُشبهُ أن يكونَ شيئاً قاله على مذهب الشافعي برأيه غير محفوظٍ عنه، ولا نعلم قول الشافعي، اختلف في ذلكَ، قالَ: ولو منع المكاتب من أجلِ ذلكَ لمنع الورثة من أجل الغرماءِ والموصَى لَهُ، ولمنع المحجور عليهِ بالفلسِ من أجل الغرماءِ، ولمنع المريض للغرماءِ والورثة لأنهم ممنوعون من إتلافِ المالِ، وإن أرادَ العفوَ على مالٍ فله ذلكَ، لأنهُ زيادة في مالهِ وليس للسيِّدِ منعه منه، وإن قالَ: عفوت عن القصاصِ مطلقاً، فهو على القولين، فإن قلنا: موجب العمد القصاص فحسب لم يجب المال [١٤٢/ب] لأن وجوبَ المالِ على هذا القولِ يفتقر إلى اختيار الدية، ولم يوجد ذلكَ، وإن قلنا: موجبه أحد الأمرين يتعين الدية بالعفوِ، ولا يصح الإبراءُ عنها، ولو قالَ: عفوت على غير مالٍ فهو كما لو عفا مطلقاً، فإن قلنا: الواجبُ القصاصُ فقط لا تجبُ الدية إلا باختيارهِ ولم يُوجد الاختيار، وإن قلنا: يجب أحد الأمرين، فعلى هذا إذا

قالَ: عفوتُ عن القودِ وجبت الدية، فإذا قالَ: على غير مالٍ فهو إبراءٌ، والمكاتب لا يملك الإبراءَ عن المالِ فتجب الديةَ ولا تسقط بعفوهِ وهكذا إذا قالَ: عفوت عن القصاصِ على نصف الأرش، فإن قلنا: الواجب القصاصُ فقط يجب، ويسقط الباقي، وإن قلنا: أحد الأمرين فقط وجب الأرش بقوله: عفوت، وقوله: على نصف الأرش إبراءٌ عن النصف الآخر، فلا يصح، وهذا كله مثل ما قلنا في المحجور عليهِ. ثم قال الشافعي رضي الله عنه: لو عفا عن القصاصِ والأرش معاً ثم عتق كان له أخذ المال لأن ذلكَ العفو كانَ في حالةِ الحجر، وهذا على الصحيح من المذهب ولا قود لهُ لأنه قد عفا، ويملك العفوَ ولكن لا يملك إتلاف المالِ، ولو كان هذا العَفو عن القصاصِ والأرش بإذن السيد جاز، وهذا على أحد القولين في التبرعات، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيهِ قولٌ آخر: أن عفوه عن الأرشِ موقوفٌ بعدما قلنا: لا يصح في الحالِ، فإن عتق نفذ ذلكَ العفو كالقولين في المحجور عليهِ بالفلسِ إذا تصرّفَ.

فَرْعٌ

قال في «الأم»: ولو جنى على المكاتب جنايةً فيها قصاصٌ فبرأ منها، [١٤٣/أ] وأخذ نصف أرشها ثم مات أخذ المولى النصف الباقي كما لو وضعَ عن إنسانٍ دَيناً عليهِ، ثم ماتَ قبل أن يعتق كان لمولاهُ أخذ ذلكَ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»: ولو حرقَ السيدُ للمكاتب مائة صاع حنطة مثل حنطته التي له على المكاتب كان قصاصاً، فإن كان الذي أحرقه خيراً من حنطته لم يصر قصاصاً حتى يرضى صَاحبه، فجعل الشافعي الجنس الواحد إذا كانَ أحدهما أجود من الآخر قصاصاً برضى صَاحب الجيدِ، وقال في جنسين مختلفين لا يصير قصاصاً، وإن رضيا حتى يقبض أحدهما ماله ثم يرده إليهِ.

فَرْعٌ آخرُ

قال في «الأم»: فإن كانَ ما على المكاتب حالاً من آخر نجومهِ فوجب على السيدِ مثله، ثم عادَ السيد فجنى على المكاتب جنايةً كانت الجنايةُ جناية على حُرٍّ، فإن كانَ في مثلها القصاصُ اقتص من السيدِ، فإن قالَ: لم أعلم أنه عتق لما صار للمكاتب علي مثل الذي بقي له من كتابتهِ لم يقبل منهُ كما لو قتل رجلاً كانَ عبداً، فعتق ثم قالَ: لم أعلم بعتقه، قال الربيعُ: وفيه قولٌ آخرُ أنه يؤخذ منه ديةَ حرٍّ، ولا قود للشبهةِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ في «الأم»: وإن عتق المكاتب، واختلفَ هو والجاني، فقال المكاتب: كانت الجنايةِ وأنا حرٌ، وقال الجاني: بل كنتَ عبداً مكاتباً وقت الجنايةِ، فالقولُ قولُ الجاني، وعلى المكاتب البيّنة سواءٌ صدقه في ذلكَ مولى المكاتب أو كذبه، فإن قطع مولاه الشهادة بأن الجنايةِ كانت على حُرٌ قبلت الشهادةُ، لأنه لا يجر بها إلى نفسهِ شيئاً، [١٤٣/ب] وَكلّفته شَاهداً آخرَ، فإذا أتى بهِ قضيتُ له بجنايةِ حُرٌ.

بَابِ إعتاق السيد المكاتب في المرضِ وغيرهِ

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وإذا وضعَ السيدُ عنِ المكاتبِ كتابَتهُ في المرضِ.

الفَصْلُ

اعلم أنه إذا كاتب عبده في صحتهِ كتابةً صحيحةً ثم مرض السيدُ فأعتق المكاتب أو أبرأه عن مال الكتابةِ، أو قالَ: وضعتُ عنكَ مال كتابتكَ، فالحكم في الجميع واحدٌ، فإن برىء من مرضهِ لزمهُ ذلكَ من رأس المالِ، فيعتق المكاتب وتبرأ ذمته مما عليهِ كما لو وهبَ في مرضهِ، ثم برىء، وإن مات اعتبر ذلكِ في حقِّ ورثته من الثلث لأنه وصيّةٌ فاعتبر خروجها من الثلث ثم ينظر في قيمةِ العبدِ، وفي قدر المالِ الذي كاتبه عليه، فإن كانَ كل واحدٍ منهما يخرج من الثلثِ إذا اعتبر على الانفرادِ بأن كانت قيمته مائة والمال مائة وخمسونَ والثلثَ أكثر من مائةٍ وخمسين يحكم بعتق العبدِ وتبرأ ذمته من مال الكتابةِ لأنه أيهما اعتبر خرج من الثلث، وإن كان أحد الأمرين يخرج من الثلث والآخر لا يخرج فإنه يعتبر أقلهما، فيعتق بهِ ويلغى حكم الآخر، فإن كانَ المالُ الذي كوتبَ عليهِ مائةً وقيمته مائة وخمسون وثلثه مائة اعتبر المال الذي كاتبه عليهِ فيخرج من الثلث ويعتق، ولا تعتبر قيمته لأن السيدَ إنما يملك في ذمةِ مكاتبهِ المال الذي عليهِ ولا حق لهُ في الرقبة، فهو إنما أوصى بالمالِ الذي له فحسب فلم يعتبر حكم غيره، وإن كانَ المال الذي عليهِ مائة وخمسون وقيمته مائة وثلثه مائة يعتبر خروج [١٤٤/أ] قيمته، فيعتق ويلغي حكم المال لأن المكاتب له أن يعجز نفسَهُ متى شاءَ، فليس ملكِ السيدِ على المالِ الذي عليهِ مستقراً وإنما في الرقبة مستقر فاعتبرت قيمتها، وطرح حكم المال، وإن كانَ كل واحدٍ من قيمةِ المكاتب والمال الذي عليه لا يخرج من الثلث بأن كانت قيمته مائة وخمسون والمال مائة والثلث خمسون فإنه يعتبر أقلها فتنفذ الوصية فيهِ لأن في ذلكَ مصلحةً للعبد وحظاً له، والمطلوب بالكتابة حظه فتنفذ الوصية فيما يحتمله الثلث منه، وهو قدر نصفه ويبقى النصف، فإن أدّى إلى الورثةِ عتق، وإن كانَ لهم استرقاقه وإنما اعتبرنا الأقل منهما لأنه لو اعتبر كل واحد منهما

بكمالِهِ كان الاعتبار بخروج أقلهما من الثلث، كذلكَ إذا اعتبر خروج البعض منهما وجبَ أنْ يعتبر الأقل، وإنما سوّى الشافعي بين أن يقول المريض لمكاتبِهِ: أعتقتك، أو أبرأتكَ مما عليكَ، لأن العتق إبراءٌ مما عليهِ، فإن قيل: أليس قلتم لو أدّى بعض ما عليهِ لسيده لم يعتق منه شيء حتى يكمل الأداءِ فلم أعتقتم ههنا بعضَهُ، وقد بقي عليهِ بعض مال الكتابةِ قيل: المكاتب إذا أدّى إلى سيده بعض مال الكتابةِ، فلم يحصل الصفة ولا حصل الاستيفاء بحق المعاوضةِ، فلم يستفد بذلكَ عتقاً وههنا إنما حكمنا بالعتق في حقهِ لبرأته من مال الكتابةِ، وإنما رددنا العتق في بعضهِ لحق الورثةِ، فافترقا.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو أوصى بعتقهِ عتقَ بالأقلِ مِنْ قيمتِهِ أو بمَا بقيَ عليهِ.

الفَصْلُ

اعلم أنه إذا كاتب عبداً في صحته ثم أوصى بعتقه، أو أوصى بأن يبرأ من مال الكتابةِ، أو يوضع مال الكتابة عنه، [١٤٤/ب] فمات نُظر، فإن كانَ الثلث يحتمل قدر قيمتِهِ ويحتمل المال الذي عليهِ وجب على الورثةِ تنفيذ الوصيةِ، وإن كانَ الثلث يحتمل أحدهما دونَ الآخرِ اعتبر الأقل منهما ويعتق ويلغى حكم الآخر، وإن كان الثلث لا يحتمل واحداً منهما اعتبر الأقل منهما فتنفذ الوصيةُ فيما يحتمله الثلث منه كما قلنا في المسألةِ قبلها إلا أن في تلك المسألةِ إذا احتمل الثلث أحدهما حكم بنفوذ الوصيةِ بفعل الموصي، وفي هذا الموضع لا بدّ من أن ينفذ الورثة ذلكَ، فإذا ثُبتَ هذا فإنه إذا احتمل الثلث ثلث المال الذي عليهِ، فإن ذمتهُ تبرأ من ذلكَ القدر، ويبقى ثلثا المالِ ثم لا يخلو. إمّا أن يكونَ قد حلّ عليه مال الكتابةِ فظاهرُ ما ذكره الشافعيُّ: أن العتق يتنجز للمكاتب في ثلثهِ وتبقى الكتابة في ثلثيه إلى وقت حلول المال عليهِ، وبه قال أبو إسحق، قال: ومثل هذا أن يكونَ له على رجلٍ ألف درهمٍ إلى سنةٍ فأبرأه زمن مرضهِ ولم يخلف غيره يبرأ في الحالِ من ثلثهِ ولا يجوز أنْ يقال: لا يبرأ حتى يحل الدين عليهِ ولا أن يعجل الدين قبل محلهِ واجبٌ عليهِ، وإنما الموضع الذي لا يجوز أن يحصل للموصى له شيءٌ حتى يحصل للورثة مثلاه هُو أن يخلف مالاً غائباً، أو ديناً على غير الموصى له، ومالاً حاضراً، ولا يجوز أن يأخذ واحد إلا بالقسط لأن الغرر فيما أوصى للموصى له كالغرر فيما خلفه على الورثة، فعلى الجميع أن يصبروا وههنا لا ضرر على الورثة لأنه إن أدّى، وإلا عاد الباقي إلى الورثةِ رقيقاً، ومن أصحابنا من قال: لا يعتق منه شيءٌ حتى يؤدي إلى الورثةِ مال الكتابة، ثم يعتق عليه ثلثه لأن الوصية [١٤٥/أ] لا تتنجز للموصى له إلا بعد أن يحصل للورثةِ مثلاها، وهو اختيارُ ابن أبي هريرةَ وصَاحبَ «الإفصاح» والمذهب الأولُ، ثم قالَ: وقال في «الإملاءِ» على

مسائل مالكٍ: لو أعتقه عند الموت ولا مالَ له غيره عتقَ ثلثه لأن الثلث لا يحتمل سوى ثلثه، فإن أدّى ثلثي كتابته عتق كلهُ، وإن عجزه رق ثلثاهُ.

ثم قال: ولو قالَ: ضعوا عني كتابته كانت وصيةً له، فيعتق بالأقل من قيمته، أو كتابته، وهذا قد ذكرنا فيما مضى، وقلنا: لا فرق بين أن يقول: أبرؤوه مما عليهِ أو ضعوا عنه، كل ذلكَ وصيةٌ له بما عليهِ، ولا فرقَ بين أن يكونَ الذي عليه حالاً، أو مؤجلاً يعني صارَ حالاً بعدما كانَ مؤجلاً لأن الكتابة الحالة لا تجوز.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو كاتبَهُ في مرضهِ، ولا يخرجُ مِنَ الثلثِ، فأفادَ مالاً قبلَ الموتِ يخرجُ بهِ مِنَ الثلثِ جازَتِ الكتابةُ على جَميعهِ.

الفَصْلُ

المريض إذا كاتب عبده صحت الكتابةُ لأنه مالكٌ ثم ينظر فإن برأ من مرضه لزمت الكتابة في جميعه، وإن مات من مرضهِ اعتبرت من ثلثه، وقال أبو حنيفة: يعتبر من رأسِ المال، وهذا لا يصح لأن الكتابة هبة في الحقيقة لأن الرقبة ملك السيد والكسبُ له، فإذا كاتبه يبيع ماله بمالهِ، فصار كما لو وهبه، ولا فرق بين أن تكون الكتابة بأضعافٍ من قيمته، أو أقل، ولأن الكتابةَ أجريت مجرى العتق المجرّد لأن الولاءَ له في الكتابةِ كما في العتقِ المجرّد، ثم ينظر فإن احتمل ثلثه [١٤٥/ب] قيمة جميع العبدِ نفذت الكتابةِ في جميعهِ، وإن لم يخلف الميت شيئاً غيره، فإن الكتابة تلزمُ في ثلثه، قالَ الشافعيُّ رضي الله عنه: إذا كاتب كتابة مثلهِ يعني بلا محاباةٍ، ويبقى ثلثاهُ موقوفاً على إجازة الورثةِ، فإن أجازوها نفذت الكتابةُ، وإن ردوا بطلت في ثلثيهِ وبقيت في الثلث، فإذا أدّى المال عتق، فإن قيل: أصلكم أن كتابة بعض العبدِ لا تجوز، وقد جوزتم ههنا قيل: قال أبو إسحق: لم يختلف قول الشافعي: أنه لا يجوز أن يكاتب بعض عبده في حياته ولا يختلف قوله أيضاً في أنه يجوز أن يوصي بكتابةٍ بعض عبده بعد مدته لأن حال الموت مخالف لحال الحياةِ، ويجوز فيه من التغرير ما لا يجوز في حال الحياةِ، ألا ترى أنه قالَ في الورثة: إذا ورثوا مكاتباً، فعجزه أحدهم دون الباقين كانَ على الكتابةِ في نصيبهم.

ولأن ما يرثه الوارث فإنما يرثه مستحق الضرر في الثلثين، وليسَ كذلكَ الشريكُ، فإنه لم يستحق عليهِ الضرر، فلم تجز الكتابةُ في نصيبه بغير إذن شريكه، وأيضاً الكتابةُ ههنا وقعت على جميعهِ وصحت، وإنما فسخت الكتابةُ في بعضها لموضع الحَاجَةِ بخلاف المبتدىء بكتابةِ البعضِ، فإن قيلَ: إذا قلتم بفسخ الكتابةِ في بعضهِ وجب أن يفسخ في الباقي كما قلتم: إذا كاتبا عبداً ثم فسخ أحدهما في نصيبهِ تنفسخ في نصيب شريكه، قلنا:

إنما فعلنا ذلكَ في حق الشريك لأنه لو عاد إليه نصيبه وباقيه مكاتبٌ [١٤٦/أ] أضررنا بهِ لأنه يكون ناقص القيمةِ، فدفعنا ذلكَ الضرر بفسخ الباقي، وههنا انتقل العبدُ إليهم ناقصاً بالكتابةِ فلا مَعنى لإزالةِ الكتابةِ في باقيه، وقالَ بعض أصحابنا بخراسان: إذا قلنا: لا تصح الكتابةُ إلا في ثلثيه، فأدى ثلث النجوم هل يحكم بصحة ثلث آخرَ إلى أن يتم العتق في كله وجهان ذكرهما ابن سريج: أحدهما: يفعل هكذا، فإذا أدّى الثلث الثاني حكمنا بصحة الكتابةِ في الثلث الثالث، والثاني: وهو المنصوصُ لا يفعل ذلكَ، فإذا قلنا بالقولِ الأوّلِ وكاتبنا الثلث الثاني فهل يطالبه بحصتهِ من النجوم في الحال ويجعل كأن مدة الكتابة مضت أو يضرب له مدة مثل المدة التي ضربها الميت؟ وجهان: أحدهما: أن الكتابة إن كانت على مُدة سنةٍ، فاستوفينا ثلث النجم عند آخرِ السنةِ لم يطالبه بثلث ثانٍ من النجم إلا بعد سنة أخرى ثم بثلث بعد السنةِ الثالثةِ، والثاني: يطالب في الحالِ ثم إذا أدّى يكاتب الثلث الثاني، ويطالبُ بحصته أيضاً، وإلا للورثة تعجيزه لما ذكرنا أنه إذا غصب المكاتب على نفسهِ حتى مضت المدة هل يستأنف له مدة، أو يطالب في الحال بالنجوم بعدما غرم له أجر المثل قولان.

فَرْعٌ

إذا كاتبنا ثلثهُ عتق الثلث، ولا يسري إلى الباقي، وإن عجز ورق هذا الثلث فيه وجهان: أحدهما: يعود إلى التركة حتى يؤدي منه الوصايا لأنه إنما اعتبر في الثُّلث ليعتق، فإذا لم يعتق لم يعتبر كأنه تركة، والثاني: لا يعود إلى التركةِ لأن اعتباره في الثلث لم يكن موقوفاً على العتق، فإذا عاد بالعجزِ [١٤٦/ب] إلى الرق صَارَ مالاً مستفاداً لهم.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وما أقرّ بقبضهِ في مرضهِ، فهو كالدينِ يقرُّ بقبضهِ في صحتهِ.

عندنا أن الإقرار بقبض النجومِ ولا يعتبر من الثلث، بل هو من رأس المالِ، وإنّما يتصور، في إقرار المريضَ بقبضِ نجوم كتابةٍ كانت في الصّحةِ، فأمّا إذا كانت في المرضِ فأصل الكتابة من الثلث، فلا يفيد الكلام في أن الإقرارَ كيف يقبل هل يقبل فيما صححنا فيه الكتابة، وقال أبو حنيفةَ: إن كان عقد الكتابةِ في الصحةِ، فالإقرار بقبض النجوم من رأس المال، وإن كانت الكتابة في المرضِ، فالإقرار من الثلث. هكذا ذكر بعض أصحابنا، وفيه نظرٌ، والعلة في هذه المسألةِ: أن المريضَ يملكُ القبضَ، فيملك الإقرار به كالصحيح، وهذا لأن إقرار المرض وإقرار الصحةِ سواءٌ عندنا.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وإذا وضعَ عنهُ دنانيرَ وعليهِ دراهمُ.

الفَصْلُ

يعني إذا كاتب عبداً على دراهم ثم أبرأه من دنانير أو كاتبه على دنانير ثم أبرأهُ عن دراهم لا يصح الإبراءُ بهذا الإطلاق لأنه أبرأهُ عما لا يستحقه فصارَ كما لو كان له على عمروٍ حقٌ فأبرأه زيداً منه، ولو أبرأهُ من ألف درهم وله عليه دنانير، ثم قالَ: أردتُ بذلكَ دنانير قيمتها ألف درهم قبل ذلك وبرئت ذمته عن القدر الذي أرادَهُ لأنه إبراء عما يستحقه كما لو قال: على ألف درهم إلا قفيز حنطةٍ، وقال: أردت إلا دراهم بقيمة قفيز حنطةٍ يقبلُ ذلك، ويكون مستثنياً القيمة بالقفيز من ألفِ درهم، كذلكَ ههنا [١٤٧/أ] ذكره أبو إسحق.

واعلم أن الشافعي رضي الله عنه علل في مسألةِ الكتاب، فقال: لم يجز لأنه استيفاءٌ، فهذه العلة مشكلةٌ، وذلكَ أنه لو استوفى بدل الدنانير دراهم جاز، فكيف منع الجواز؟ فقال: لأنه استيفاءٌ، وإزالةُ هذا الإشكال بأن يقال: أرادَ لأنه كالاستيفاءِ، ولو بطل الاستيفاءُ الذي ظننا أنه استيفاءٌ صحيحٌ لم يعتق كذلكَ إذا بطل الوضعُ الذي ظننّا أنه أبراءٌ صحيحٌ لم يعتق.

فَرْعٌ

لو اختلفا، فقال السيدُ في اللفظ المطلق: أردتُ بهِ الدراهم، وقالَ المكاتب: بل أردتُ قيمة الدراهم من الدنانير، فالقولُ قولُ السيد لأنه اختلافٌ في إرادته، وهو أعلم بذلكَ، وهكذا لو ماتَ السيدُ، واختلفَ المكاتب وورثة السيدِ فيما ذكرنا، فالقول قولُ الورثةِ لأنهم يقومونَ مقامَهُ، فإن لم يحلف السيد أو الورثةُ على العلم بإرادة الميت تردُّ اليمين إلى المكاتب، فإذا حلفَ حكم به، وهكذا لو أوصى أن يوضَعَ عنه كذا، وهو غير ما وجب عليه، فالوصيةُ باطلةٌ إلا أن يريد: ضعوا بقدر هذه الدنانير من الدراهم التي عليهِ فيصحُّ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: ولو قالَ: قد استوفيت آخرَ كتابتكَ إن شاءَ الله أو إن شاءَ فلانٌ لم يجز.

قد بيّنا فيما مضى أن الاستثناء يُبطل الأقارير والعقود كلها، وقالَ ههنا: إذا قال: استوفيت إن شاءَ الله، أو إن شاءَ فلانٌ لم يجز ولم يكن بهذا إقراراً لأنه استثناءٌ، قال أبو إسحق: أما قوله: إن شاءَ الله استثناءٌ لأنه يستوفي إن شاءَ الله. [١٤٧/ب] فأمّا قوله: إن شاءَ فلانٌ، فليس باستثناء، وإنما هو كلام محالٌ لأن بمشيئة زيدٍ لا يصير مُستوفياً فلفظ الاستثناءِ في أحد المشيئتين صحيح دونَ الآخرِ، وهكذا ذكر صَاحبُ «الإفصاح»، فقال: إن مشيئة الله تعالى فيما يستقبل، فأمّا ما دفع فقد سبقت المشيئةُ فمعناهُ، استوفيه إن شاءَ اللَّهُ، فأمّا مشيئة زيدٍ فلا يتعلق بها الاستيفاءُ في الماضي، ولا في المستقبل، وقال القاضي أبو

حامدٍ: كل ذلك ليس باستثناءٍ عند العرب لأن الاستثناءِ عند العرب لا يجوز فيما مضى من الأفعالِ، وفي الدائم إنما يجوز في المستقبل، ومعنى قول الشافعي: لأنه استثنى أرادَ أن هذا التقييد يزيل إطلاق القولِ بالاستثناءِ ويقول مقامَ الاستثناءِ، وهذا صحيح لأن الشافعي قد جعله استثناءً فيهما، وقولُ أبي إسحق: يؤدي تخطئة الشافعي في قوله.

فإن قال قائلٌ: هو يرده إلى أحد المسألتين، وهي إذا قالَ: إن شاءَ الله قلنا: قد قالَ الشافعي في «الأم»: لو قالَ قد استوفيت آخر كتابتكَ إن شئتَ لم يكن استثناءً لأنه استثناءٌ، فدل على أن تقديره: أن هذا التقييد بمنزلة الاستثناءِ.

فَرْعٌ

قال في «الأم»: ولو قالَ: وضعتُ عنك كتابتي كلها إلا ديناراً، أو عشرة دنانير كانَ بريئاً من الكتابةِ إلا ما استثني ولا يعتقُ إلا بالبراءةِ من آخرِ الكتابةِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: ولو وضعَ من كتابتهِ شيئاً ثم اختلفَ هو والمكاتب فقال السيدُ: وضعتُ من آخرِ الكتابةِ، وقال المكاتب بل مما حل منها، فالقول قول السيّد، فإن ماتَ السيّد، فالقول قول الورثة، فإن كانوا [١٤٨/أ] صغاراً لا يعربونَ عن أنفسهم ألزمَ الحاكم المكاتب أن الموضوعَ من آخرِ الكتابةِ لأنه لا يجوز أن يضع إلا ما يحيط العلم بأنهُ وضعَ عنهُ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ: ولو شهد شاهدان للمكاتبِ أن سيده قال: قد استوفيتُ منه، أو قالَ السيدُ: أليس قد استوفيتُ، فقال: بلى كان القولُ قولُ السيد أنه استوفى منهُ ما حلّ من نجومهِ، وإن ادعى المكاتب أنه أرادَ آخر النجوم فعليهِ البيّنة، فإن قالَ لم يوفيني إلا درهماً واحداً كان القول قولهُ معَ يمينه، وقولُ الورثةِ إن ماتَ لأن المكاتب عبد حتى يشهد الشهود أنهُ قد أوفاهُ جميع كتابته.

فَرْعٌ آخرُ

لو شهد الشهود أنه قال: قد استوفيتُ آخرَ كتابتكَ ولم يزد على ذلكَ فالقولُ قول السيد، فيما بقي من كتابته في حياتهِ وورثتهِ بعده لأنه يحتمل أنه أرادَ بقولهِ آخر كتابتكَ مما حلّ عليكَ فوجبَ الرجوعُ إلى بيانه.

بَابُ الوَصيّةِ للعبدِ أن يكاتبَ

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو أوصى أن يكاتبَ عبداً لَهُ.

الفَصْلُ

صورة المسألةِ: أن يوصي رجل بكتابةِ عبدٍ له فالوصية تصح، ويعتبر خروج قيمة العبدِ الموصى بكتابتهِ من الثلث، لأن إخراج الرقبة من ملكهِ بغيرِ عوضٍ على ما بيّناهُ، ثم ينظر فإن لم يكن أوصى إلا بالكتابةِ وحدها، فالثلث مصروفٌ إليها، فإن كانَ أوصى بالكتابةِ وبأشياءَ آخر من هبةٍ ووصيةٍ ومالٍ أو محاباةً، فهل تقدم الكتابة على غيرها أم يسوى بين الجميع لأن المسألة مبنيةٌ على أصلٍ وهي أن الرجل إذا أوصى بوصايا في جملتها عتق هل يسوي الجميع أم يقدم العتق [١٤٨/ب] قولان، فإذا أوصى بالكتابة، قال الشافعيُّ: حاصّ أهل الوصايا وهذا يقتضي التسوية بين الكتابةِ وغيرها، واختلف أصحابنا في المسألةِ على طريقين، منهم من قالَ: فيه قولان أيضاً، كالعتق سواءً لأن الكتابة تتضمن العتق، والشافعيُّ ذكر ههنا أحد القولين، ومنهم من قالَ: يسوي بين الكتابة وغيرها على ما نصّ عليهِ قولاً واحداً لأن الكتابة معاوضةٌ تجري مجرى المعاوضات، ولو أوصى فيه ببيع فيه محاباةٌ سوي بينَهُ وبين غيره كذلكَ الكتابة، ويفارق العتق لأن له مزيةً، وهي السراية، فقدم بخلافِ الكتابةِ.

فإذا تقرر هذا فإذا أوصى بالكتابة وحدها، أو بها وبغيرها، وقلنا: أنها تقدم، فإن الثلث كله يتوفر على الكتابة، فإن احتمل الثلث قيمة العبدِ كوتب وتجبر الورثة على ذلكَ، ثم ينظر في العبدِ، فإن لم يختر الكتابة لم يجبر عليها، فإن بعد ذلكَ بطلت الوصية ولم يجب إليها لأن حقهُ قد سقط بأمتناعهِ، وإن اختار الكتابة وطلبها فبكم يكاتب لا يخلو إما أن يكونَ الموصي أطلق الوصية ولم يقدر ما يكاتب عليهِ، أو قدر ذلكَ، فإن أطلق فإنه يكاتب على ما جرت العادة بكتابة مثله عليه، ولا يعتبر قيمته فيه لأن الكتابةِ لا تصح إلا إلى أجلين، والأجل يأخذه قسطاً من العوضِ فينقص منه لدخولهِ ويزاد فيه لسقوطهِ، وإن قدر ما يكاتب عليهِ كوتب على ذلكَ القدر لا يزاد عليه، فإن كوتب فأدى المال فإن ذلك المال لا يحتسب من جملةِ التركة بل يكون حقاً خالصاً للورثة لأن ذلكَ نماء الرقبة ليسَ بملكٍ للموصي، وإنما كانَ ملكه على الرقبةِ، فحسب فإن ذلكَ للورثةِ خالصاً كما لو أوصى بنخلٍ فأثمرت.

ثم ينظر فإن لم يؤد تمام المال، أو عجز نفسَهُ، فالورثة يسترقونه، فإن أدى عتق وثبت الولاءُ عليهِ [١٤٩/أ] لسيدِ المكاتب ينتقل إلى العصبات من ورثتهِ لأنه عتق بسبب كانَ منهُ،

وهي وصيةٌ بكتابته، فهذا الحكم فيه إذا كانت قيمة العبدِ تخرج من الثلث، فأمّا إذا لم تخرج قيمة العبدِ من الثلث يكاتب القدر الذي يحتمله الثلث كما إذا أوصى بعتق عبده، فإن كانَ الثلث احتمل أعتق، وإن لم يحتمل أعتق بقدر ما يحتمله الثلث، فإن قال العبد في مطلق الوصية إذا خرجت من الثلث يلزم أن يكونَ الكتابة بعوض المثل إذ لو عتق ثلث مالهِ بلا عوض جاز، قلنا: نعم، ولكنه لم يوصِ بأن يعتق وإنما أوصى أن يعقد فيحتمل أنه بعوضِ المثلِ.

فَرْعٌ

قال بعض أصحابنا بخراسان: لو أوصى لرجلٍ بثلث ماله، وأمر أن يكاتب عبده وهو قدر ثلث ماله أيضاً يدفع نصف الثلث إلى الموصى له ويكاتب نصف العبد بخمسمائة إذا كان الثلث ألفاً نص عليه ههنا، فإذا دفع النجم فهل يزاد في الكتابة قد ذكرنا وجهين، فإذا قلنا: يزاد دفع ذلكَ إلى الموصى له ثلث، ويكاتب ربع العبد على مائتين وخمسين، فإذا دفع ذلكَ دفع للموصى له بالثلث نصف ويكاتب ثمن العبد على مائة وخمسةٍ وعشرين وعلى هذا يفعل أبداً إلى أن تتم الكتابة كذا ذكره القفال، وفي هذا التفريع نظرٌ، والثاني: أنه استقر، فلا يزاد في الكتابة، وقيل: إنه يزاد في الكتابةِ لكن النجوم يكون نماء ملكهم، ولا تجب الزيادة في الوصية بسبب ذلك ولابن سريج في وجهٌ آخرٌ أنه متى لم يخرج جميع الرقبة من الثلث فلا يكاتب أصلاً بل يبطل الوصيةِ فيه، كما لو أرادَ أن يكاتب بعض عبده، والعبدُ كله له لا يصح.

مَسْألَةٌ: قالَ: ولو قالَ: كاتِبُوا أحدَ عبديَ [١٤٩/ب].

الفَصْلُ

إذا أوصى فقال: كاتبوا أحد عبيدي، فإن الورثةَ يكاتبون أيّ عبدٍ من عبيده شاؤوا، ولا يجوز أن يكاتبوا أمةً لأن اسم العبد لا يقع عليها، ولذلك إذا قالَ: كاتبوا أمةً، فلهم أن يكاتبوا أي أمةٍ شاؤوا ولا يجوز أن يكاتبوا عبداً لأن الاسم لا يقع عليه، ولو قالَ: كاتبوا عبداً وكان له خنثى قد حكم بأنه رجل، أو قال: كاتبوا أمة وكان له خنثى حكم بأنها امرأةٌ، فهل تجوز كتابته؟ اختلفَ أصحابنا فيهِ على طريقين: أحدهما: يجوز قولاً واحداً لا يختلف المذهبُ فيه اعتباراً بما حكم بهِ، والثانية: فيه وجهان ذكره أبو حامدٍ، أحدهما ما ذكرنا، والثاني لا يجوز لأن إطلاقَ الاسم لا ينصرفُ إلى الخنثى وإن تبين حاله ولا شكّ أنه في حالةِ الإشكال لا يدخل في اسم العبدِ ولا في اسم الأمةِ، وهذا اختيار الربيع، والأول أصحُّ، وهو اختيار المزني، ولو قال: كاتبوا أحد رقيقي كان لهم الخيار في عبدٍ أو أمةٍ،

قال المزني: أو خنثى. وروى الربيع في «الأم»: أنه لا يجوز خنثى إذا كان مشكلاً فجعل الشافعي إطلاق اللّفظِ للعبدِ أو للأمةِ أو للخنثى الذي بان أنه امرأةٌ، وصح أنه رجلٌ، أو امرأةٌ بتغليب الدلائل، وإن كان مشكلاً، فهو خارج عن العُرفِ لا يقع عليه إطلاق اسم الرجلِ ولا المرأةِ، قال أبو إسحق: وأرى الشافعي قد نصّ في بعض الروايات على ما اختارَهُ المزني على مذهبِهِ من جواز الخنثى، ففيهِ قولان، وقال القاضي أبو حامدٍ فيه وجهٌ آخرُ على ما اختارَهُ المزني، فجعل القولَ رواية الربيع، وجعلَ [١٥٠/أ] اختيار المزني وهو الأصح وجهاً آخَر.

بابُ مَوت سيّد المكاتب

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو نكحَ ابنتَه مكاتبِهِ برضَاهَا فماتَ.

الفَصْلُ

إذا كاتب عبداً، وكانت له ابنة فزوجها منه برضاها ولا بدّ من رضاها لأنه رقيق ليس بكفء لها، ولهذا قيد المسألة ثم مات لم تنفسخ الكتابةُ بموتهِ لأنها عقد لازم، ثم ينظر في البنتِ فإن لم ترث أباها بأن كان بينهما اختلافُ دين، أو كانت قاتلةً، فالنكاح بحالهِ لأنها لم تملك من زوجها شيئاً، وإنما انتقل ملكه إلى مالكٍ آخر فلم يؤثر ذلكَ في النكاح، وإن ورثته، فإنها تملك جزءاً منه، وينفسخ النكاح بينهما، وبه قال أحمد وقالَ أبو حنيفة: لا ينفسخ النكاح بينهما، وبناهُ على أصلهِ أن رقبة المكاتب لا تورث، وإنما يورث المال الذي عليهِ، وهذا لا يصح لأنه كان ملكاً للسيد وبموته لم يعتق فبقي ملكاً كما كانَ فورثه ورثته كسائر الأموالِ، والدليل على هذا أنه لا يبتدىء نكاحها بعد موت السيد بالإجماع.

فَرْعٌ

إذا اشترى المكاتب زوجته الأمة من سيده أو من غيره انفسخ النكاح، وكذلكَ لو اشترت المكاتبة زوجها من سيده، وقالَ أبو حنيفة: لا ينفسح النكاح لأن المكاتب لا يملك بدليل أنه لا يجوز له وطيء أمته، وهذا لا يصح لأن المكاتب يملك لأنه يثبت له الشفعة على سيده وللسيد عليه الشفعة وإنما لا يجوز له وطيء أمته لتعلق السيد به كما يمنع الراهن من وطيء المرهونة، وإن كانت ملكه، والدليل على أنه يملكها أنه لا يجوز له أن [١٥٠/ب] يتزوج أمتَهُ ابتداءً، والملك إذا منع الابتداء منع الاستدامةَ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: فإنْ دفعَ مَا عليهِ مِنَ الكتابةِ إلى أحدِ الوصيين لم يعتقْ.

اعلم أنه إذا كاتب عبداً ثم مات السيد قد ذكرنا أن الكتابة لا تنفسخ، ثم لا يخلو إما

أن يكون المال الذي على المكاتب يصرف إلى وارث، أو موصى له، أو إلى الغُرماءِ، فإن كانَ ينصرف إلى الورثة، فإن كانوا رشيدين فالمال لهم، ثم ينظر، فإن كانَ الوارثُ واحداً دفع المكاتب إليهِ، وإن كانوا جماعةً دفع إلى كل واحد منهم قدر حقهِ، فإن دفع إلى بعضهم، وأخل بالبعض لم يعتق كما لو كانَ العبد بين شريكين وكاتباه، ثم دفع المال إلى أحدهما لا يعتق، ولا يجوز في هذا الموضع أن يوصي السيد بالنظر في مال ولده ولا بقبض مال الكتابة، فإن فعل لم تصح الوصية، وإن دفع المال إلى الوصي لم يعتق لأن الوصيّة لا تصح في حق أهل الرشد، وإن كان الورثة أطفالاً، أو مجانين، فإن لهم جد فهو الناظرُ في أمرهم، فلا تصح الوصيّةُ معَهُ، فإذا دفع المالَ إليه عتق وذكر الداركي عن بعض أصحابنا: أن وصيّ الأب أولى من الجد، وهو قولُ أبي حنيفة، وهذا الوجه غير مشهور عند أصحابنا، وإن لم يكن لهم جد وأوصى الأبُ إلى من ينظر في أمرهم صحت الوصيّةُ ويجب على المكاتب الدفعُ إلى الوصي، فإن كانَ واحداً دفع إليهِ، وإن كانا اثنين نظر فإن أوصى إليهما وإلى كل واحدٍ منهما، على الانفراد جاز للمكاتب أن يدفع إليهما وإلى كل واحد منهما فإن أوصى إليهما ولم يوص إلى كلِّ واحدٍ منهما على الانفرادِ [١٥١/أ] لم يجز أن يدفع إلى أحدهما بل يجب الدفعُ إليهما، فإن دفع إلى أحدهما لم يعتق لأن الوصي رضي باجتهادهما معاً، وإن لم يكن الميتُ أوصى بالنظر في مال الأولاد، فالنظر في أمرهم للحاكم، فيرفع المكاتبُ الأمرَ إليه لينصب أميناً، فيدفع المال إليهِ ويعتق، وإن كانَ بعض الورثة كباراً، وبعضهم صغاراً، فالكبار يقبضون حقوقهم والحكم في حقوق الصغار ما ذكرنا إذا كان الميت قد أوصى أو لم يوصِ، وإن كانَ مال الكتابةِ ينصرف إلى الموصى له، فإن كان قد أوصى به لواحد بعينه، فالحق له فإن دفعَه إليهِ جاز لأنَّهُ مستحقه، وقال صاحب «الإفصاح»: لا يجوز وحكاه القاضي الطبري عنه، وهذا ليسَ بمذهب، وإن دفعَهُ الوصي ليدفعه إليه جاز أيضاً، وإن كانَ قد أوصى به لأقوامٍ غير معينين كالفقراءِ والمساكين، فلا يجوز للمكاتب أن يوصل المال إليهم بنفسه، بل عليهِ أن يدفعه إلى الوصي فإنه موضع اجتهاد، والميت لم يرض باجتهاد المكاتب، وإنما رضي باجتهاد الوصي.

وإن كان مال الكتابة ينصرف إلى الغرماءِ وقضاءِ الديون ينظر فإن كانَ السيّدُ قد أوصى بأن يقضي من مال الكتابة ديونه فالحكمُ فيهِ كما لو أوصى به لرجلٍ بعينه فيجوز للمكاتب دفعه إلى أصحاب الديون، ويجوز أن يدفعَهُ إلى الوصي وليس للورثة ههنا حقٌّ، وإن لم يكن أوصى فالحقُّ للورثة والوصي معاً، فلا يجوز للمكاتب أن يدفعه إلا بحضرتهما ورضاهما لأن للورثةِ في ذلك حقاً، وهو أن لهم أن يأخذوا المال ويقضوا من عندهم.

وإن تلفَ المالُ في يد الوصي لا يضر المكاتب لأن القبض قد صح [١٥١/ب] إذا

كانت الوصايَةُ صحيحةً، وقال القاضي الطبري: إذا كان عليهِ دين يحيط بتركته فدفع المكاتب إلى من له الدين، وقد ثبت دينه فقد برىء لوصوله إلى مستحقه نصّ عليهِ في «الأم»، وقال صاحب «الإفصاح»: لا يبرىء وهو خلاف النصّ، وهذا خلاف ما ذكرنا عن أصحابنا وهذا النصّ غريبٌ.

ولو دفع المالَ إلى الوارثِ في هذا الموضع قال الشافعي: لا يعتق حتى يصل إلى صَاحب الدين لأن الوارث إنما يستحق ما يفضل عن الدين.

بَابُ عَجز المكاتب

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وَلَيسَ لسيدِهِ أنْ يفسخَ كتابتَهِ حتى يعجزَ عَن أدَاءِ نجمٍ.

الفَصْلُ

إذا كاتب عبده على مالٍ ثم أرادَ فسخَهُ نظرَ، فإن لم يكن حلّ عليهِ نجم لم يكن لَهُ الفسخ وكذلكَ إن حلّ عليهِ نجم ولكن معَهُ ما يؤديه ولم يمتنع من الأداءِ لأنه لا ضرر على السيدِ، ولا تعذر عليه حقه، وإن كان قد حلّ عليهِ المال، وليس معَهُ ما يؤدي أو كانَ معه، ولكن امتنع من الأداءِ، فللسيدِ أن يفسخ ولا فرقَ بين أن يتعذر عليهِ جميعُ المالِ، أو بعضه، وبين النجم الأولِ وبين النجم الثاني، ثم ينظر فإن العبد حاضراً يفسخه بنفسه، ولا يحتاج إلى حاكم لأنه فسخ مجمعٌ عليهِ كالردّ بالعيب، وإن كانَ العبدُ غائباً فليسَ للسيد أن يفسخ، بل يرفع الأمرَ إلى الحاكم ويثبت عند الحاكم أن له على المكاتب مالاً وأنه قد تعذر عليهِ الأداءُ، فإذا فعل ذلك استحلفَهُ الحاكم مع البيّنة على ما تقدم بيان اليمين، وقضى له بالفسخ وهذا لأنه قضاءٌ على الغائب، وقالَ في «الحاوي»: هكذا قال البغداديون من أصحابنا، [١٥٢/أ] وهذه اليمينُ استظهارٌ عند أكثر أصحابنا لأن اليمين لا تجب إلا بطلب مستحقها، ومن أصحابنا من قال: هذه اليمين واجبةٌ في فسخ الحاكم كيلا يفسخ إلا بحقٍ تزول معَهُ الشبهةُ، وقال البصريون من أصحابنا: ينفرد السيد عند غيبته كما عند حضوره، وقال ابن أبي ليلى: لا يكون عَجزه إلا عند الحاكم، وقال أبو يوسفَ: لا أردهُ في الرقّ إلا أن يتوالى عليهِ نجمان، واحتج بما روي عن عليٍّ رضي الله عنه أنه كانَ يقول: يرد الرجل في الرقِّ حتى يتوالى عليهِ نجمان، ودليلنا ما روي أن ابن عمرَ رضي اللّه عنهما كاتب عبداً له على ثلاثينَ ألفاً، فقالَ لهُ: أنا عاجزٌ، فقال له: امح كتابتك، فقالَ: امح أنتَ[١]، ويحمل قولُ علي رضي الله عنه على الاستحبابِ، ولأنه دخلَ في الكتابةِ على أن يسلم له

---

(١) ذكره ابن قدامة في المغني (١٠/ ٣٧٢).

المال عند انقضاءِ كل نجم، فإذا لم يسلم ذلكَ كانَ له فسخها كما لو توالى عليه نجمان، وروى عطاء بن رباح أن ابن عمرَ رضي الله عنهما كاتب عبداً له فأدّى تسع مائة وبقيت مائة دينار فعجز فرده في الرق[1]، وروي أن مكاتباً له عجز فرده مملوكاً، وأمسك ما أخذ منه، وقال: شبيب بن عمر شهدت شريحاً ردّ مكاتباً عجز في الرق، ولو كانَ العبدُ مليّاً فامتنع من أداءِ النجم الذي حلّ عليهِ، أو أدى بعضَهُ، فللسيد فسخُ الكتابةِ ولا يجبرُ العبدُ على أدائهِ خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله، ويخالف المشتري إذا امتنع من أداءِ الثمن يجبر عليه، ولا يكون للبائع فسخ البيع لأن الكتابةَ جائزة من جهة العبدِ غير لازمةٍ على ما تقدم بيانه.

فَرْعٌ

قالَ في «الأم»: [١٥٢/ب] وإذا كان حاضراً فطالبَهُ فقال: ليس عندي، فقالَ السيدُ: اشهدوا أني قد عجزت، أو أبطلتُ كتابته، أو فسختها انفسخت وسواءُ كان عند سلطان، أو غيره قال الشافعيُّ: فإن لم يقل شيئاً من هذا فهو على الكتابةِ، قال أصحابُنا: والإشهاد فيه استحبابٌ، فإن قيل: قد قلتم في المشتري إذا عجز عن أداءِ الثمن لا يختار عين ماله إلا أن يفلسه القاضي ويحجر عليهِ، وههنا قلتم: إذا كان حاضراً لا يحتاج إلى القاضي، قلنا: لأن فسخ البائع بعيب في ذمةِ المشتري، وذلكَ العيب مزاحمة الغرماءِ، ولا يحصل ذلكَ إلا بالحجر والفلسِ، وههنا الفسخ ليس بعيب يظهر بالعبد، ولكن لاعترافهِ بالعجز، فإذا حصل ذلك لا يحتاج إلى الحاكمِ.

فَرْعٌ آخَرُ

قال: ولو حل عليه فلم يُطالبه مدةً قصيرة أو طويلة، ثم أحضره لم يكن للسيدِ الامتناع عن قبضهِ، قال: فإن سأله أن ينظرَهُ مدةً يؤدي إليها نجمه وفي نسخه يؤدي إليه نجمه، أي إلى السيدِ لم يكن عليهِ أي لم يكن واجباً عليه أن ينظرَهُ لأن حقه حال عليهِ والتأجيل تبرّعٌ، فلا يلزم وليس للسُّلطان أن ينظرَهُ أيضاً لأن الحق للسيد، فلا يجبر على ترك حقهِ، قال الشافعي: إلا أن يحضرَهُ ماله ببيعه مكانه، فينظره قدر بيعه معناهُ أنهُ إذا أحضرَ المكاتب واستنظرَ السُّلطان لبيعها انظرَهُ قدر بيعها وهذا واجبٌ بالحكم لأنه عرف الأداء وعادةُ الإيفاء والاستيفاءِ كما لو قال: انظرني حتى أصير إلى البيت وأحمل المال، أو أفتح الصُّندوقَ، [١٥٣/أ] ونحو ذلكَ قال أصحابنا: ويعتبر فيه قليل الزمان، وهو لا يجاوز ثلاثة أيامٍ.

(١) ذكره ابن قدامة في المغني (١٠/٣٧٢)، من رواية سعيد.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ الشافعي رضي الله عنهُ: وإن حلّ عليهِ نجمُ في غيبتهِ فأشهد سيدهُ أن قد عجزه، أو فسخ كتابته فهو عاجزٌ وزاد في «الأم» فقال: فإن جاء في غيبته وأقام بينةً على سيده بقبض النجوم الذي عجزه، أو أبرأهُ منه أو إنظاره كانَ على كتابته فدل هذا النصّ على أن المكاتبَ إذا قدم ولـم يدع ما ذكره أنه يكون عاجزاً وتكون الكتابةُ منفسخةٌ. وقال أبو إسحق: يحتاج إلى الحاكم على ما ذكرنا من قبل، قالَ القاضي الطبريُّ: هذا خلاف ما نقله المزني وبينه الشافعي في «الأم»، ومعناه أن السيد إذا فسخها، وهو غائبٌ فلما قدم لم يدّع خلافَ ما قاله علم أنه كانَ عاجزاً وإن ادّعى خلاف ما قاله وأقامَ البيّنةَ فهو على الكتابةِ، ثم قال: وإن رفعها إلى الحاكم حتى يفسخها، فإن الحاكم لا يفسخها حتى يتثبت على ما ذكرنا، وإذا عجزه جعل المكاتب على حجتهِ إن كانت له، وهذا يدلُّ على أن المذهبَ المنصوص ما قاله البصريون من أصحابنا.

فَرْعٌ آخرُ

لو أرادَ المكاتب فسخَ الكتابةِ فيه وجهان: أحدهما: لا يملك لأنه لا ضررَ عليهِ في بقاءِ الكتابةِ، وإنما له أن يمتنعَ من الأداءِ، والثاني: يملك لأنه عقد لحقهِ، فملك أن ينفرد بالفسخِ كالمرتهنِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو استنظره لمال غائبٍ ينقله فإن كانَ على مسافةٍ لا تقصر إليه الصلاة يلزمهُ إنظاره لأنه في حكم الحاضرِ، وإن كانَ على مسافةٍ يقصر إليها الصلاة لا يلزمهُ إنظاره لأنه كالقادمِ، ذكره في «الحاوي».

فَرْعٌ آخرُ

ولو قال: انظرني لأقبض ديناً لي فإن [١٥٣/ب] كانَ مؤجلاً لا يلزمهُ إنظاره، وإن كانَ حالاً فإن كانَ على موسرٍ يلزمهُ إنظاره، وإن كانَ على مُعسرٍ لا يلزمهُ إنظاره لأنه كالهالك ولهذا لا يلزمُ فيه الزكاة.

فَرْعٌ آخرُ

إذا كانَ هو غائباً وماله حاضرٌ لا يقضي القاضي عنه النجوم وللسيد حق التعجيز بخلاف ما إذا جنّ المكاتب وماله حاضرٌ فالحاكم يؤدي عنه النجم، وليس للسيد التعجيز

لأن الغائب لو كان حاضراً لم يلزمهُ قضاءُ النجم بل له أن يعجز نفسهُ، فالحاكم لا يقومُ مقامَهُ وهو من أهلِ الكتابة ويردهُ إلى ملكه، وإن كان معه مال، فأدّاهُ إلى السيد عتق، وإن قال: لي مال أحضره فقد ذكرنا، وإن كان العبد غائباً فليس للسيد أن يفسخ، تولى ذلك بنفسهِ ولعله فسخ الكتابةَ في حال غيبتهِ، والمجنون لا يصح منه النظرَ لنفسهِ، فالحاكم يقوم مقامَهُ في ذلكَ ذكرها القفالُ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وإن قال قائل: أنظرته وبدَا لي والمكاتبُ غائبٌ لم يجزْ لهُ تعجيزَهُ.

الفَصْلُ

اعلم أنه إذا كاتبَ عبداً فحلّ عليه مال الكتابةِ، فأظهرَ أنه عاجزٌ عن أدائهِ فأنظرهُ السيدُ وأخره بما عليهِ، فإن الإنظار يصح، ولا يجبرُ على اختيار الفسخ، فإن رجعَ بعد ذلكَ وطالبَ بالمال صح رُجوعه خلافاً لأبي حنيفة، ثم لا يخلو إمّا أن يكونَ العبدُ حاضراً أو غائباً، فإن كان حاضراً ينظر فإن أظهر العجز كانَ للسيدِ أن يفسخ في الحالِ لأن غيبتهُ لنظرته وتأجيله بل يرفع الأمر إلى الحاكم ويثبت عنده الكتابة وحُلولِ المالِ عليهِ، وأنه لم يؤدِ شيئاً ويحلفه الحاكم على ذلكَ فإن هذا قضاءٌ على الغائب فلا بدّ من اليمين، فإذا فعل هذا كتب إلى حاكم ذلك البلد بما يثبت عنده، فإذا وصل الكتابُ إليهِ استدعى المكاتب وسَألَهُ عن الحالِ، فإن أظهرَ العجز كتب إلى حاكم ذلكَ البلد حتى يخبرَ السيد بعجز المكاتب [١٥٤/أ] فيفسخ الكتابةَ وإن ذكر أن لَهُ مالاً، فإن لم يكن له وكيلٌ، فإن الحاكم يكلف المكاتب أن يوصل المال إلى سيده إمّا بنفسهِ أو ينفذه مع أمينٍ فإذا فعل ذلكَ وصارَ المال إلى السيد عتق، فإن أخّر الإنفاد حتى مضت مدةُ لو أنفذ المال كانَ قد وصل كانَ للسيدِ أن يفسخ في الحالِ، وكذلكَ الوكيل إذا جعل السيدُ إليه الفسخ فله أن يفسخ في الحالِ، قال أبو إسحق: ظاهرُ ما نقل المزني أنهُ قد أنظرَهُ مسافة الطريق سواءٌ كان للسيدِ وكيلٌ في ذلكَ البلدِ أو لا ولكن الربيع رواهُ مفصّلاً هكذا، وهو الصحيحُ وعلى هذا لو كانَ طريقاً لا يمكن أن يسلكَ في السنةِ إلا مرةً أنظره إلى ذلكَ الوقت الذي يمكنه سلوكه فيهِ، قال أبو إسحق: فإن كتب إلى الحاكم بأن يقضيه فليس على الحاكم ذلكَ ولا أن يكون وكيلاً لغيره لأن الحاكم يكلف الحكم دون قبض المالِ بالوكالةِ فإن اختار القاضي القبضَ كان حكمه حكم الوكيل، فإن جاءَ وكيل ثابت الوكالةِ يُطالب بالتسليم إليهِ نظر بينهما ويحكم بما يثبت.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو غلبَ على عقلهِ.

الفَصْلُ

يعني إذا كاتب عبداً فجن المكاتب لا تنفسح الكتابةُ بجنونهِ فإن قيل: هلا قلتم تنفسخ لأنها جائزة من جهته غير لأنه كما تنفسخ الشركة والمضاربة قلنا: العقد الذي ينفسخ بالجنون هو الجائز من الطرفين، فأمّا اللازمُ من أحد الطرفين لا ينفسخ به كما لا ينفسخ النكاح بجنون الزوجين لأنه جائز من جهة الزوج لازم من جهة الزوجة ولأن بالكتابةِ يتعلق العتق بالصفةِ وذلكَ يمنع من انفساخها بالجنونِ [١٥٤/ب] ألا ترى مجرّد العتق بالصفةِ لا ينفسخ بالجنون فإذا ثبت عند الحاكم ذلكَ، فإن وجد للمكاتب مالاً قد ذكرنا أنه يدفعه إلى السيدِ وحكم بعتقه، وإن لم يجد له مالاً جعل للسيد فسخ الكتابةِ، وليس له فسخها ما لم يأت الحاكم لأن الحاكم قيم المجانين ثم إذا فسخها لزمه نفقته لأنه عاد إلى ملكهِ.

فَرْعٌ

لو ظهرَ له بعد الفسخ مالٌ، أو أفاق المكاتب وأظهر لنفسهِ مالاً نقض الحاكم حكمه، ودفع المالَ إلى السيد وحكم بعتقه ورجع السيدُ على المكاتب بما أنفقَ عليهِ لأنه أنفق عليهِ على أنه عبده، فإذا أبان أنه لم يكن عبده وكان مكاتباً كانَ له الرجوع بما أنفقَ.

فَرْعٌ آخَرُ

لو فسخ الكتابةَ ثم أفاق العبدُ وأقامَ البينةَ بأنه قد أدّى إلى السيد مال الكتابةِ لم يرجع السيد عليهِ بما أنفقه لأنه أنفق عليهِ مع علمهِ بحريته فكان متطوعاً بهِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو ادعى أنهُ أوصلَ إليهِ كتابتهُ وجاءَ بشاهدٍ أحلفَهُ معَهُ.

قد ذكرنا هذه المسألة وفسرها في «الأم»، وقالَ: إذا حلّ النجم على المكاتب فسأله سيده أدائه، فقالَ: قد أدّيتُ إليكَ، أو إلى وكيلكَ وأنكر السيدُ لم يعجل السُّلطانُ في تعجيزه وأنظرَهُ يوماً أو أكثرَ وأكثر ما ينظره ثلاثة أيام، فإن جاءَ بشاهدٍ أحلفَهُ معه وأبرأهُ مما شهد شاهدهُ وإن لم يعدل دعاهُ بغيره، فإن جاءَ بهِ من يومهِ أو غدهِ أو بعدَهُ وإلا عجزَهُ، وإن ذكرَ بيّنةً غائبةً أشهد أنه ذكر بيّنةً غائبةً، وأني قد عجزتُهُ [١٥٥/أ] إلا أن يكونَ معه بينةٌ بما يدعي، فإن جاءَ بها أثبت كتابتَهُ وأخذتُ سيده بما أخذ من خراجهِ وبقيمة خدمتهِ، وإن لم يأتِ بها تمَّ التعجيزُ، قال أبو إسحق: ولم يذكر المزنيُّ إنظاره ثلاثاً حتى يأتي بالبينة، ولا إذا جاءَ بالبينةِ فلم يعدل أنظره ثلاثاً حتى يأتي بغيرها وهو أولى مما نقل المزني، قالَ في «الأم»: وإن عجزه على هذا الشرط ثم جاءَ ببيّنةٍ بإبرائه من ذلك النجم وهذا آخر نجومهِ، ومات المكاتب جعل ماله ميراثاً لورثته الأحرار وأخذ السيد بما أخذ منه وبقيمةِ خدمتهِ، وإن

لم يكن آخر نجومهِ فقد مات عبداً، فإن قيل: أليسَ العتق يثبت بهذا الأداءِ ولا يثبت العتق بشاهدٍ ويمين، قيل: لا يمتنع أن يقبل، وإن جرّ إلى ما لا يقبل فيه ذلك كشهادةِ النساءِ تقبل في الولادةِ، وإن جرّ إلى ثبوت النسبِ الذي لا تقبل فيه شهادة النساءِ بحالٍ.

فَرْعٌ

قال في «الأم»: وإذا عجزه السيدُ أو السلطان، فقال سيده بعدَ التعجيز قد أقررتك على الكتابةِ لم يكن عليها حتى يجدد له كتابةً غيرها، ولو أدّى منه على الكتابةِ الأولى، وقال: قد أثبتُّ لكَ العتق عتق بإثبات العتق وتراجعا بقيمةِ المكاتب كما يتراجعان في الكتابةِ الفاسدة وكذلكَ لو قالَ: أثبت لكَ الكتابة الأولى ولم يذكر العتق لأن قوله: أثبت لكَ الكتابة الأولى إثباتٌ للعتق بها على الأداءِ ولو عجزه ثم تأدى منه كما كان يساوي ولم يقل: قد أثبت لكَ الكتابة لم يكن حراً بالإداءِ [١٥٥/ب] وكان تأديته إليهِ كالخراج يأخذه منهُ.

فَرْعٌ آخَرُ

قالَ في «الأم»: وإن عجز المكاتب عن نجم حلّ عليهِ، فقال السيّدُ: أعجز بعضكَ وأقرّ بعضكَ لم يكن ذلكَ له كما لم يكن له أن يكاتب بعضَهُ، فإن فعل وأدّى على هذا عتق كله ويرجع السيدُ عليهِ بنصف قيمته.

فَرْعٌ آخَرُ

قالَ في «الأم»: ولو كاتبَ الرجلُ عبده كتابةً صحيحةً ثم أفلسَ السيّدُ فالكتابة بحالها وكانَ للغرماءِ أخذ ما عليهِ من دين الكتابةِ عند مَحلهِ.

ولو عجل المكاتب ما عليهِ قبل محلهِ لم يكن للسيد منعهُ وكان للغرماءِ أخذه منه.

قالَ القاضي أبو حامدٍ: تأويل هذه المسألةِ أنه أداهُ إلى الغرماءِ بإذن السيدِ، أو بإذن الحاكم فلذلك عتق فأمّا إذا لم يكن بالإذن، فلا يعتق لأنه لا يبرأ إذا عتق إلاّ بالبراءةِ مما عليهِ فإن كاتبه بعدَ الوقفِ وأدّى إليه مال الكتابةِ لم يعتق وأخذ منه ما أدى إليه وبيع العبد عليهِ، ولو اختلفَ السيدُ والغرماءُ، فقالوا: كاتبتهُ بعد الوقفِ، وقال السيّدُ: بل كاتبه قبل الوقفِ، فالقول قول السيدِ وكذلك لو قالَ السيدُ: مع الغرماءِ كانت الكتابةِ بعد الوقفِ، وقال العبدُ: بل كانت قبل الوقف فالقول قولُ العبدِ وعليهم البينةُ، فإن كانت الكتابةُ صحيحةً، فأقر السيّدُ بعدَ التفليس أنه قبض منه شيئاً قبل الوقفِ، فالقول قوله: وكذلك كل ما أقرّ به الغريم له عليه حقٌ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو دفعَ الكتابةَ وكانت عوضاً بصفةٍ وعتقَ ثمَّ استحقَ.

الفَصْلُ [١٥٦/أ]

قد ذكرنا هذه المسألة وذكرنا أن قولَ السيدِ: أنتَ حر عقيب أدائهِ المال لا يصير بقولهِ حُراً إذا ظهر الاستحقاق وأنهما لو اختلفا، فقال المكاتبُ: أردتَ بقولكَ: أنتَ حرٌ ابتداءَ الإعتاق، وقال السيدُ: بل أردتُ بالعوض الذي أداهُ، فالقولُ قولُ السيدِ: لأن الظاهر معَهُ، قال أصحابنا: فإن كانَ ذلكَ قبل أن أدّى إليه العوض ثبتَ بذلك حريته لأنه لم يكن مُضافاً إلى الأداءِ، ولو قالَ بعد الاستحقاقِ: أنتَ حرٌ عتق عليه، ولا يقبَلُ أني أردتُ ما ظننتُهُ من عتقه بالأداءِ بخلافِ الظاهرِ ولو قالَ بعد الأداءِ والعتق في الظاهرِ وقبل الاستحقاقِ أنتَ حرٌ، ثم قال بعد الاستحقاق بالعتق ما كان من ظاهر الأداءِ، فهل يقبل منه وجهان محتملان أحدهما: تقبل كما يقبلُ منه عند الأداءِ لأنه في الحالتين على سواءٍ، والثاني: لا يقبل ويكون القول قول المكاتب معَ يمينهِ لأن العتق بالأداءِ انقضى زمان ظاهره، فصار لما تجدد بعده من لفظِ العتق حكم مبتدأ.

واعلم أن الشافعي رضي الله عنهُ ذكرَ في «الأم» مَسألتين في هذا الفصل، أحدهما: إذا قال لعبده: إن أعطيتني ثوباً من صفته كذا وكذا، فأنت حرٌ، فدفع ثوباً على تلك الصفةِ إلا أنه مستحق للغير لا يعتق لأن الظاهر إعطاءُ ثوبٍ يملكه وينتفع بهِ والمستحق لا يُملك، ولا ينتفع بهِ، والثانية: قالَ: وكذلك لو قال لعبدهِ: إن أعطيتني هذا الثوب فأنتَ حرٌ فغصبه وأعطاهُ لا يعتق فسوى بين الثوب المطلق وبين الثوب المعين، وقد فَصل بينهما في الخلع، فقالَ: [١٥٦/ب] في الثوب المطلق لا يقع الطلاق وفي المعين، قال: يقع الطلاق فمن أصحابنا من قال: فيهما قولان نقلاً وتخريجاً، ومنهم من حمله على ظاهرها وفَرق بأن الطلاق له من التغليب ما ليس للحرية ألا ترى أنه لا يجوز أن يقف في بعض الشخص بحالٍ والعتق قد يقف في بعض الشخص.

وأيضاً الفرقُ أن للزوجة مدخلاً في رفع النكاح بالفسخ، فكان رفعه بالطلاق أوسع حكماً وليس للعبدِ مدخل في رفع رقهِ فكان العتق أضيق حكماً، وقال صَاحب «الحاوي»: في هذا الفَرقِ نظرٌ، والذي عندي أن العتقَ يقع بالمستحق إذا كانَ معيناً كالطلاقِ لأن للمغلّبَ فيهما معَ التعيين حكم الصفةِ، وإن لم يكن الخلع أقوى لكونه عقد معاوضةٍ لم يكن أضعفَ من مجرّد العتق بالصفةِ.

بَابُ الوصيّةِ بالمكاتب والوَصيّةِ لَهُ(١)

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو أوصى بهِ لرجلٍ وعجزَ قبلَ الموتِ، أو بعدَهُ لم يجزْ.

اعلم أنه إذا كاتبَ عبدَهُ ثم أوصى برقبته فإن كانت الكتابةُ صحيحةً لا تصح الوصيّةُ لأن للسيد وإن كان يملك المكاتب ملكاً ضعيفاً فإنه يحول بينهُ وبين التصرّفِ في رقبته ومنفعته ولا فرقَ بين أن يعجز أو لا يعجز حين يبتدىء الوصيّة بعد الملك بالتعجيز، فإن قالَ السيدُ: إذا عجز المكاتب وبطلت كتابته فقد أوصيتُ بهِ لفلانٍ تكون هذه وصيّةٌ صحيحةٌ إن عجز لأنه وصيّةٌ بصفةٍ ونظير هذا أنه لو أوصى لرجلٍ بعبدٍ لا يملكه لا يجوز وإن ملكه بعد ذلكَ حتى يستأنف الوصية [١٥٧/أ] بعد الملك ولو أوصى بعبدٍ لا يملكُهُ إن ملكه صحت الوصيّةُ وعلى هذا إذا أوصى بثلث مالهِ ولا مالَ له ثم ملكه فالمشهور جوازه لأن تقديرَهُ بثلث مالي إن ملكتهُ فتكون هذه الوصية مضافةً إلى ملكٍ فيصح، وإذا قالَ: أوصيت له بثلث ما اكتسبهُ أو بثلث ما أملكه إلى الموت يصح لأنها مضافةٌ إل ملكه.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو أوصى بكتابتهِ جازتْ في الثلثِ.

يعني: إذا كاتب عبده كتابةً صحيحةً ثم أوصى بالمال الذي في ذمتهِ، فإن الوصيةَ تصحُّ لأنه مالكٌ لذلكَ المال، فصار كما لو أوصى بدين له في ذمةِ إنسانٍ تصح الوصية، فإذا ثبت هذا فمات الوصي لزمت الوصيةُ بموتهِ من الثلث ثم ينظر في المكاتبِ فإن أدّى المال إلى الموصى له عتق ولا يحتاج في ذلكَ إلى إذن الورثةِ ويثبت عليهِ الولاء للموصي لأنه عتق بسببٍ منه وينتقل ذلكَ إلى العصبات من ورثته، فإن أظهر العجز فللورثةِ أن يعجزوه وتبطل الوصيّةُ، وإن قالَ الموصى له: أنا أنظرُهُ بالمالِ وأرادَ الورثةُ تعجيزه لم يكن له منعهم من حقهم، وهذا كما لو أرادَ السيد أن يقرّه على الكتابةِ وأراد المجني عليهِ تعجيزُهُ ليبيع رقبتَهُ لم يكن للسيد إسقاطُ حقهِ من تعجيزه وبيع رقبته وإن عجز المكاتب نفسَهُ بَطلت الوصيةَ، قال في «الأم»: وهكذا لو أوصى بكتابةِ مكاتبه لرجلٍ وبرقبتهِ لآخر إن عجز كان للذي أوصى له أن يعجزهُ.

ولو أدّى المال عتق ويكون ذلك المال للموصى له، وبطلت وصية الآخرِ، وإن عجز نفسَهُ سلمت الرقبةُ إلى الموصى له بها وبطلت وصية الآخرِ بالمال [١٥٧/ب].

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/٣٠٢).

فَرْعٌ

قالَ في «الأم»: ولو قال: أوصيتُ له بما يعجله مكاتبي من مال الكتابةِ صحت الوصيّةُ لأن تعليقَ الوصيةِ بالصفاتِ المجهولةِ تصح ثم ينظرُ فإن عجل شيئاً مما عليهِ دفع ذلكَ إلى الموصى له وإن لم يعجل بل أدّى المال في نجومهِ بطلت الوصية، ولا يجبَرُ على تعجيله ولا يعجز إذا لم يعجله.

مَسْألَةٌ: قالَ: ولو كانت الكتابة فاسدةً بطلت الوصية أرادَ بهذا الوصيّةَ بالنجوم والكتابة فاسدة لا تصح لأنه لا يملك بالكتابةِ الفاسدةِ المالَ في ذمته، وقالَ أبو إسحق: إلا أن يقول: ما قبضت من نجومهِ الفاسدة فقد أوصيتُ به لفلانٍ فتكون هذهِ وصيةٌ صحيحةٌ كما قلنا في الوصية بملكِ غيره إذا أضافَهُ إلى ملكه ويحكى هذا عن الشافعي رضي الله عنه، وقال الداركي: لا أعرفُ لهذا وجهاً، وقال بعض أصحابنا: أراد به إذا قبضتهُ وعتق بالصفةِ وما أخذ مثل قيمته، أو أقل فقد مَلكه فتصح الوصيّةَ بهِ.

مَسْألَةٌ: قالَ: ولو أوصى برقبتِهِ وكتابَتَهُ فاسدةٌ ففيهَا قَولانِ.

إعلم أنه إذا كاتب عبدهُ كتابةً فاسدةً ثم أوصى برقبته فيه قولان منصوصان في «المختصر» أحدهما: تصح لأن ملكه لم يزل عن رقبته، والثاني: لا يصح قالَ المزني: الأشبَهُ بقوله أن يصح لما ذكرنا من العلةِ، وقالَ أبو إسحقَ: يحتمل أن يكونَ القولانِ إذا لم يعلم بفساد الكتابةِ فأمّا إذا علم بفسادها صحت الوصيةُ قولاً واحداً، وهكذا إذا باعَهُ بيعاً فاسداً ثم أوصى به فإن لم يعلم بفساد البيع هل تصح الوصيةُ قولان، وإن علم بفساده صحت الوصية [١٥٨/أ] قولاً واحداً، قال: ويحتمل أن تكونَ المسألةُ على قولين سواءٌ علم السيدُ أن الكتابةُ فاسدة، أو لم يعلم لأن الكتابة الفاسدة كالصحيحةِ في وقوع العتق بالأداءِ ويخالف هذا إذا باع بيعاً فاسداً ثم أوصى به، وهو يعلم أنه فاسد صحت الوصيةَ قولاً واحداً لأن البيع الفاسدِ ليس كالصحيح.

والصحيح الطريقة الأولى، لأن الشافعي نصَّ في «الأم»، فقال: فيه قولان: أحدُهما: الوصيةُ باطلةٌ إلا أن يقول: ليسَ بمكاتبٍ لأن كتابته فاسدةٌ، فأمّا إذا أوصى به وهو يراهُ مكاتباً، فالوصية باطلةٌ لأنه أوصى به وهو يَراه لغيره.

والثاني: جائزةٌ في الوجهين جميعاً لأنه ليس بمكاتب ولا خارج عن ملكه بالبيع الفاسدِ فقد صَرّح الشافعي بأن القولين إذا لم يعلم بفسادهِ ونص أيضاً على أنه إذا أوصى بشيءٍ وهو لا يعلم أنه مالكه ثم عَلِم أنه كانَ قد ورثه فيه قولان، وهو أيضاً نصٌ صريح على مثلِ ما ذكرنا.

وأمّا إذا باع شيئاً وعنده أنه لغيره فإذا هو قد ورثه ولم يعلم نص الشافعي على بطلان البيع، قال أصحابنا: وفيه قولٌ آخر يصح البيع لأنهُ صادفَ ملكه، ولعلهم أخذوا هذا القولَ من الوصيةِ ومن أصحابنا من قالَ: البيعُ لا يصح قولاً واحداً بخلافِ الوصيةِ لأنها مبنية على الخطر بخلافِ البَيع.

مَسْألَةٌ: قالَ: ولو قالَ: ضَعُوا عَن مكاتَبِي أكثرَ مَا بَقِيَ عليهِ وبِمثلِ نصفهِ.

الفَصْلُ

ذكر الشافعي في هذا الفَصْلُ ثلاث مسائل ترك المزنيُّ الأولى منها لسهولتها ونقلَ [١٥٨/ب] الثانيةَ والثالثةَ والأولى هي أصلٌ للثانيةِ وصورة الأولى أن يوصي رجلٌ، فيقول: ضعوا عن مكاتبي أكثر ما بقي عليهِ من مالِ الكتابةِ فقد أوصى أن يوضع عنهُ نصفَ ما بقي عليهِ وزيادة لأن أكثر الشيء ما زادَ على نصفهِ فيضع عنه الورثَةُ نصفَ ما بقي عليه وزيادة ما شاءوا من غير تحديدِ بمقدارِ.

والثانية التي نقلها المزني وصورتها أن يقول: ضعوا عنه أكثر ما بقي عليهِ من مال الكتابةِ ومثل نصفه فقد أوصى بأن يوضع عنه ثلاثة أرباع مال الكتابة وزيادة شيءٍ لأن أكثر ما بقي هو النصفُ وزيادة عليهِ ونصف ذلك يكون الرّبع وزيادة شيء، فإذا كانَ ألف درهم فأكثر ما عليه خمس مائة درهم وزيادة، وإن قلت: فيوضع عنه خمس مائة درهم إن شاءَ الورثةُ أن يكونَ الزيادة درهماً ويوضع عنه مائتان وخمسون ونصف درهم، وهو النصف. جملة الموضوع عنه سبع مائة وخمسون ودرهم ونصف درهم، والباقي عليهِ.

ولو زادَ على ثلاثةِ أرباعِ المالِ درهماً كفى ولا يلزمُهُ مثل نصف ذلكَ الدرهم وصار كأن الزيادة على النصف كانت بثلثي درهم والزيادة الثانية بثلثِ درهمٍ.

والثالثة، أن يقول: ضَعوا عنه أكثر ما بقي عليهِ ومثلهُ فقد أوصى بأن يوضع عنه زيادة على مال الكتابةِ لأن أكثر ما بقي هو النصف وزيادة ومثل ذلك يكون نصفاً وزيادة، فيكون الجميع أكثر من مال الكتابةِ فتصح الوصيّةُ بمالِ الكتابةِ وتبطل في الزيادةِ لأنها وصية بمال لا يملك ولا يمكن أن يوضع إلا ما عليهِ [١٥٩/أ].

مَسْألَةٌ: قالَ: ولو قالَ: ضَعُوا عنهُ ما شاءَ.

الفَصْلُ

نقل المزنيُّ: أنه لا يجوز أن يشاءُ جميع ما عليهِ بل يحتاج أن يبقى منه جزءاً، وإن

قل، ونقل الربيعُ عن «الأم»: أنه إذا قال: ضَعوا عنه من كتابته ما شاءَ فشاءَ كلها لم يوضع عنه حتى يبقي منها شيئاً، فقيد بقوله من كتابته، واختلفَ أصحابنا في هذا فمنهم من قالَ: الصحيحُ ما نقلَهُ الربيع، وإنما يوضعُ البعض إذا قالَ: ضعوا عنه من كتابتهِ شيئاً لأن «من» تقتضي التبعيضَ، فأمّا ما نقلهُ المزني، وهو إذا قالَ: ضَعوا عن مكاتبي ما شاءَ، فإذا شاءَ الكل وضع عنهُ لأنه علق ذلك بمشيئتهِ مطلقاً، وقالَ أبو إسحق: الكلامان معاً صحيحانِ، أمّا ما نقلهُ الربيع فصحيحٌ على ما ذكرنا، وأمّا ما نقله المزني فله وجهٌ صحيحٌ، وذلكَ لأنه لو أرادَ وضعَ جميع مال الكتابةِ لقال: ضعوا عنه جميع مال الكتابةِ فلما قال: ضعوا عنه ما شاء كان معناهُ ما شاءَ من كتابتهِ فحمل على ذلكَ، وقيل: معناه في التقديرِ: ضَعوا عنه ما شاءَ مما عليه، أو من مالِ الكتابةِ، فإنه لا يصح إلا هكذا فكأن كلمةُ «من» مُضمرة فيه، وهكذا قالَ القاضي الطبريُّ، وقالَ صاحب «الإفصاح» إذا قالَ: من مال كتابته فهو كما قال في «الأم»: وإذا لم يقل ذلكَ، وأطلق كما نقل المزني: فيه وجهان، وقال القفالُ: غلط المزنيُّ وترك كلمة «من» ولا بدّ من ذلك ليصح ما ذكر من الجوابِ.

فَرْعٌ

قالَ في «الأم»: ولو قالَ: ضَعوا عن مكاتبي بعض كتابتهِ أو بعض ما عليهِ وضعوا عنه ما شاؤوا من كتابتهِ، وإن قلّ وإذا وضعوا قدراً، وإن كثر [١٥٩/ب] يكون ذلكَ بوصيّتهِ ولا يقالُ: الزيادةُ على الواجب تبرّعٌ من جهة الوارث لأن لفظ الموصي يحتمل ذلكَ ولهم أن يضعوا ذلكَ عنه من آخر نجومهِ، أو أولها كما يوصي لرجلٍ بدين عليهِ من دين حال، أو بأجلٍ وضعوا عنه إن شاءَ من الحالِ وإن شاءَ من المؤجل.

فَرْعٌ آخرُ

ولو قالَ: ضعوا عنه نجماً من نجومهِ، أو بعض نجومهِ لم يكن لهم أن يضعوا عنه نجماً، ولهم أن يضعوا عنه أي نجم شاؤوا.

فَرْعٌ آخرُ

قال: ولو قال: ضعوا عنه ما يخف من كتابته، أو ضعوا عنه ما يثقلّ عليه من كتابته، أو ضعوا عنه جزءاً من كتابتهِ، أو ضعوا عنه كثيراً من كتابته، أو قليلاً من كتابتهِ، أو ذا بالٍ من كتابتهِ، أو غير ذي بالٍ كان إليهم أن يضعوا عنه ما شاؤوا لأن القليل يخفف عنه من كتابتهِ، ويثقل عليه مع غيره في كتابته ويكون كبيراً وقليلاً.

فَرْعٌ آخَرُ

قالَ: ولو أوصى له بنجم من كتابتِهِ وكانت نجومهُ مختلفةً كان ذلكَ إلى الورثةِ يعطونه أيّ نجم شاؤوا متقدماً، أو متأخراً أقل النجوم مالاً أو أكثرها، ولو قالَ: ضعوا عنهُ أكبر نجومهِ أو أكثر نجومهِ وضع عنه أكثرها مقداراً لأن الأكبر لا يعبر عنه عن طول الأجلِ لأنه لا يقال: أجلٌ كبيرٌ وصغير، وإنما يقال: أجل طويل وقصيرٌ.

فَرْعٌ آخَرُ

قالَ: ولو قالَ: ضعوا عنه أوسط نجومهِ، فإن كانت ثلاثةً وكانت متفقة الآجالِ والمقدار وُضع الثاني، وإن كانت أربعةً كانوا بالخيار بين أن يضعوا الثاني أو الثالث لأن لَهُ أوسطين، وإن كانت خمسةً وضعوا الثالث، وإن كانت مختلفةً في [١٦٠/أ] الآجالِ والمقدار مثل أن يكونَ أحدهما مائة والآخر مائتين والآخر ثلثمائة ويكون أحدها إلى شهرٍ والآخر إلى شهرين والآخر إلى ثلاثة أشهر، كانوا بالخيار بين أن يضعوا الأوسط من الآجالِ والمقدار والعدَدِ.

فَرْعٌ آخَرُ

لو قالَ المكاتب: أرادَ السيدُ في المقدار، وقالَ الورثةُ بل أرادَ في العَددِ، فالقول قول الورثةِ أنهم لا يعلمونَ ما أراد والخيار إليهم وعليهم اليمينُ، وهكذا الحكم إذا قالَ: ضعوا عنه نجماً من أوسطِ نجومهِ ولا فرقَ بين العبارتين.

فَرْعٌ آخَرُ

قالَ: ولو قال لمكاتبه: إذا عجزتَ بعد موتي فأنت حرٌ عتق بعجزه بعد الموتِ لأنه لا يمتنع أن يكونَ الموت صفة في وقوع العتق كالتدبير، قال أصحابنا: ويصح مثله في قولِ السيد لعبده: إذا دخلت بعد موتي الدار فأنتَ حرٌ أن يعتق بموت السيدِ بدخولها لأن الصفةَ المطلقةَ تقتضي حال الحياة، وإذا قيدها بما بعد الموت تعلقت به، وقالَ صاحب «الحاوي»: وفي هذا نظرٌ عندي، وفرّق بينه وبين مسألة المكاتب لأن العبدَ موروث فجاز أن يعتق المكاتب بالعجز لبقائه على حكم ملك السيدِ، ولم يعتق العَبْدُ بدخولِ الدار لخروجهِ عن ملكِ السيدِ.

فَرْعٌ آخَرُ

قالَ: لو ادعى العجز في هذه المسألة فإن كانَ قبل حلول النجم لم يعتق لأن العجز

وقت الإستحقاق، وإن ادعى بعد حلولِ النجم أنه عاجزٌ اعتبر ما بيده فإن كانَ معهُ مالُ النجم لم يعتق لأنه ليس بعاجزٍ وإن جاز أن يعجز نفسَهُ لأنه علق عتقه بالعجز لا بالتعجيز، وإن لم يكن بيده مالٌ، فالظاهرُ عجزُهُ، [١٦١/ب] فيكون القولُ قوله مع يمينه في التعجيز إن كذبته الورثةُ لأنهُ أمرٌ يتعلق بهِ، فالمرجع إليهِ، فإذا حلفَ عتق ولو عجز عن آخر النجومِ، وقدر على الأول، والثاني كان عجزاً يعتق بهِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو كاتب عبداً غائباً وعبداً حاضراً فقبل الحاضرُ لنفسهِ وعن الغائب لم يجز، وقال أبو حنيفة: يجوز وهذا لا يصحُّ لأنه لم يأذن له الغائب بذلكَ فلا يصحُّ.

فَرْعٌ آخرُ

لو كاتبهُ على زقاق خمرٍ فلو عجلَ دفعها إلى السيد قبل حلول النجم، قالَ بعض أصحابنا فيه وجهان، وإلا ظهر أنه لا يعتق لأن في الكتابةِ الفاسدةِ يعتق بالصفةِ والصفةِ عند حلول النجمِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ: إن شفى الله مريضي فعبدي مكاتب لا يكون شيئاً إلا أن يقول: كاتبُ عَبدي.

فَرْعٌ آخرُ

لو حَلَفَ لا يبيعُ عبدَهُ فكاتبه لا يحنثُ لأنه لا يُسمّى بيعاً في العرفِ وقيل: فيه وجهٌ آخرُ يحنثُ لأنه بيع رقبته منه في الحقيقةِ.

فَرْعٌ آخرُ

إذا كاتبَ عَبدهُ المرهون لا يجوز وكذلكَ إذا كاتب عبده المؤجر لا يجوز لأن الرهن يقتضي البيع والكتابة تمنع البيع والكتابة تقتضي التمكين من التصرف، والإجارة تمنع ذلك.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ بعض أصحابنا: يجوز كتابة أم الولد والمدبر لأنه عتق بصفةٍ يجوز أن يتقدم الموت فجاز في المدبر وأم الولدِ بالعتق المعلقِ بدخول الدارِ، وقالَ ابن أبي أحمد في «التلخيص»: أم الولد في جميع أحكامه كالأمةِ إلا في أربع مسائل، لا يجوز بيعها ورهنها وهبتها وكتابتها، ولا يجري فيها الوصايا [١٦١/أ] أو المواريث، قالَهُ في البيع نصاً وقلته

في الباقي تخريجاً، وقال القاضي الطبري: قالَ في «الأم»: ولا تخالف أم الولد المملوكة في شيء إلا أنه لا يجوز لسيدها بيعها ولا إخراجها من ملكه بشيء غير العتق، وهذا يدل على أنه يجوز له أن يكاتبها، قالَ: ومن أصحابنا من خرج في جواز كتابتها وجهاً آخرَ أنه يجوز ولأن الشافعي نص أن المكاتبة إذا حبلت من سيّدها لم تبطل الكتابَةُ، وقالَ الداركي: فيه وجهان، وهذا كلهُ تخليطٌ، والفَرقُ بين استدامةِ الكتابةِ وابتدائها أن الاستدامة أقوى من الابتداءِ، وقد أجمع أصحابنا على أن الإحبال يمنع ابتداءَ الرهن ولا يمنع من استدامته في أحد القولين، ولا يجوز كتابة أم الولدِ على ما أشار إليهِ في «الأم»، وهذا أصح عندي لأن الكتابةَ اعتياضٌ عن رقبتها، ولا يجوز ذلكَ كالبيع والمشهور عند أصحابنا بخراسان جواز كتابتها وكذلكَ عند أكثر أصحابنا بالعراق والتحقيقُ ما ذكرنا والله أعلم.

فَرْعٌ آخرُ

ذكره والدي رحمهُ الله إذا أدّى المكاتب المعيّب إلى سيده ولم يبقَ عليهِ شيءٌ فقبل معرفة السيدِ بالعيب شهد المكاتب عند الحاكم هل تقبل شهادتهِ؟ يحتمل وجهين، فإذا لم يقبلها وردها فعادَ بعد الرضا بالعيب، وأعادَ الشهادةَ هل يقبل هذا المعاد أم لا؟ يحتمل وجهين.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قالَ لعبده: أنتَ حرٌ مثل هذا العبد، وأشارَ إلى عبدٍ آخرَ يحتمل أن لا تقع الحريّةُ لأن حريّةَ البدن غير الحرية في المشتبه به، فيعلم أن القصد بهِ حرية الخلق وهذا يشبه ما يقول: إذا قالَ: أنت أزنى من فلانٍ لم يكن قاذفاً [١٦١/ب] إلا أن يقولَ: فلانٌ زانٍ، وأنتَ أزنى منهُ.

فَرْعٌ آخرُ

لو قالَ لعبده: أنتَ حرٌ مثل هذا وأشار إلى عبدٍ، ولم يقل: هذا العبد احتمل أن يعتقا والأصحُ أنهما لا يعتقان لأن عتق المشبه به لم يثبت حتى يعتق هذا بتمثيله بهِ، وهو قياس ما ذكرنا في القذفِ سواءً.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قالَ: فلانٌ أخي ثم أرادت بهِ الأخوّةَ من الرضاع يجب أن يقبل لأن اللّفظ وإن كان محتملاً فالأظهرُ من محتمليه هو الأخوةُ من جهة النسبِ ولا يقبل قولُ أحدٍ فيما يخالفُ

ظاهر كلامهِ، ولهذا لما ذكر الله تعالى المحرمات في القرآن قيد الأمهات والأخوات بالرضاع لما قصد ذكرهن ولم يقيد أمهات النسب وأخواته بذكر النسبِ، ولهذا نقولُ: لو قال أردت بهِ الأخوةَ بالإسلامِ لم يقبل، وإن كان الله تعالى قد قالَ: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾ [الحجرات: ١٠]، ويحتمل أن يقبلَ ذلكَ عندي لأن الناس يسمونه أخاً مطلقاً في بعضِ البلادِ.

فَرْعٌ آخرُ

إذا أوقع العتق على بعضِ مملوكهِ سَرى إلى الباقي إذا كان قابلاً للعتق إلا في مسألةِ ذكرها بعض أصحابنا، وهي: إذا وكل آخرَ بأن يعتق عبدَهُ كلهُ فأعتق الوكيل نصفَهُ، ففي وقوع العتق على النصف وجهان: أحدهما، لا يقع، والثاني، يقع وبه، قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد.

والثاني، لا يعتق إلا النصف ويبقى نصفه لإعتاق المالك، وبه قال أبو حنيفة إلا أنه قد يستسعى في الباقي، وهذا الوجهُ ضعيف على أصلنا لأن إعتاق الوكيل عنه كإعتاقهِ بنفسهِ فلما امتنع التبعيضُ هناك كذلكَ ههنا.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قالَ لأخرَ: [١٦٢/أ] أنتَ تعلم أن العبدَ الذي في يدي حرٌ حُكم بحريّتهِ، ولو قالَ: أنتَ تظن أنه حرٌ لم يحكم بحريته، والفرقُ أنَّ في الأولِ لو لم يقل بالحريةِ أدّى إلى أن لا يكون المقول عالم بحريتهِ، والسيدُ معترفٌ بعلمهِ بذلكَ، فأوقعنا الحريّة ليتحقق هذا المعنى، وفي المسألةِ الثانية إذا لم يوقع الحريّة لم يخرج المقول له من أن يكونَ ظاناً لجواز أن يظن الإنسان الشيءَ على خلافِ ما هو بهِ ومثل هذا في العِلم لا يصح.

فَرْعٌ آخرُ

إذا قالَ لآخر: أنت ترى أن العبدَ الذي في يدي حرٌ احتمل أن لا تقع الحرية ويحتملُ أن تقع الحريّة ويحتمل الرؤية ههنا علم العلم كما قال الشافعيُّ رضي الله عنه إذا قال لامرأته: إن رأيت الهلال فأنت طالقٌ حنثَ أذا رَآهُ غيره وتحمل الرؤية على العلم.

فَرْعٌ آخرُ

رجلٌ ضربَ عبدَ غيره، فقال صاحبُ العبدِ للضاربِ معاتباً له على الضربِ عبد غيرك حرٌ مثلك هل تقع الحرية بهذا القول؟. قال والدي رحمهُ الله: عندي أنه لا تقع الحرية لأنه لم يعين عبدَهُ. واللّفظ محمولٌ على عبدٍ واحدٍ من عَبيد الدنيا كبير عنه مع أنه اعترافٌ

بالحريّةِ وهو مناقضٌ لأنه وصفَهُ بكونه عبداً حراً، فهو كما لو قال: عبدي لفلانٍ لا يكون إقراراً لما فيه من التناقضِ.

فَرْعٌ آخرُ

قالَ بعض أصحابنا بخراسان: إذا أوصى لعبده بثلث مالهِ فيهِ ثلاثةُ أوجهٍ أحدها: بطلت الوصية، والثاني: تصح بثلث نفسه فقط، والثالث: يصحُّ بجميع ثلثهِ ويقدّم نفسَهُ عليهِ [١٦٢/ب].

بَابُ عتق أمّهاتِ الأولادِ

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وإذا وطىءَ أمتَهُ فولدتْ ما تبينَ أنهُ مِن خلقِ الآدميينَ.

الفَصْلُ

إعلم أنه إذا وطىء أمتَهُ فولدت ولداً منه، فالولدُ حرٌ لأنها علقت في ملكه وتسري حرمة الحرية إلى الأم، فتصير أم ولدٍ له لا يجوز بيعها ولا هبتها ولا التصرف فيها بشيء من أنواع التصرفات، ولكن يجوز التصرف في منافعها بالوطىء والاستخدام، فإذا مات السيدُ عتقت بموته وبه قالَ عمر وعثمان وعائشة رضي الله عنهم، وسعيد بن المسيّب والحسن ومالك وأهل المدينة والأوزاعي وأهل الشام والليثُ بن سعدٍ وأهل مصرَ وأحمد وإسحق وكافّةُ أهل العلمِ.

ورُوي عن جابرٍ وعبد اللَّهِ بن الزبير، وبه قالَ داود والشيعةُ يجوز بيعُ أم الولد، وروى الحجازيون عن علي رضي الله عنهُ أنه حرَّم بيعها، وروى العراقيون عنه جوازه، وروى الشيعةُ عن ابن سيرين عن علي رضي الله عنه، أنه قالَ: اقضوا في أمهات الأولاد بما كنتم تقضون فإني أكرهُ أن أخالف أصحابي يعني أبا بكرٍ وعمرَ وعثمان رضي الله عنهُم وروي عن عبيدة قال: بعث إلي علي رضي الله عنه وإلى شريح أن اقضوا ما كنتم تقضون في أمهات الأولادِ فإني أكره الاختلافَ.

وروي عن عبيدة السلماني أنه قالَ: سمعتُ علياً رضي الله عنه يخطبُ، فقالَ: إن عمرَ ساورني في أمهات الأولادِ فأجتمع رأيي ورأيه أن يعتقن فقضى عمرُ بذلكَ، [١٦٣/أ] ثم ولى عثمان فقضى بذلك حياتَهُ ثم وليت فرأيتُ أن أرقهن، فقالَ لَهُ عبيدة: رأيي عدلين في جماعةٍ أحبُ إلي من رأي عدلٍ. وفي روايةٍ عن علي رضي الله عنه، قالَ: اجتمعَ رأيي ورأيي عمرَ على أن لا تباع أمهات الأولاد، وأنا أرى الآن أن يبعن، فقال له عبيدة السلماني: رأيك مَعَ الجماعةِ أحبُ إلينا من رأيك وحدكَ في الفرقة فمن أصحابنا من قالَ:

رجع عن ذلكَ ومنهم من قالَ: لم يرجع عن ذلكَ ولكن العصرُ الثاني: أجمعوا على أنها لا تُباع ويرتفع الخلافُ السابق في أحدِ القولين.

وروى عبد الله بن قارب الثقفي أنه اشترى رجلٌ جاريةً بأربعة آلافٍ كانت قد أسقطت من مولاها سقطاً، فبلغ ذلكَ عمرَ رضي الله عنه، فأتاه بالدرة ضرباً وقال: بعدما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن بعتموهن وأكلتم أثمانهن لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم أن يأكلوها فباعوها وأكلوا أثمانها، وعن ابن عباسٍ رضي الله عنهما روايتان: إحداهما، أنه قالَ: هي كشاتكَ أو بعيركَ، والثانية، أنه قال: تجعل في سهم الولدِ وتعتقُ عليه، وروي عن سلامة بنت مغفلٍ، فقالت: كنت للحُباب ابن عمروٍ، فمات ولي منه غلام فقالت امرأته: الآن تباعينَ في دينه فأتيت رسول الله ﷺ، فذكرتُ ذلكَ له، فقال ﷺ: «من صاحبُ تركة الحباب»، فقالوا: أخوهُ أبو اليسر كعب بن عمروٍ فدعاهُ رسول الله ﷺ، فقال: «لا تبيعوها وأعتقوها، فإذا سمعتم برقيقٍ قد جاءني فأتوني أعوضكم عنها»، ففعلوا فاختلفوا فيما بينَهم بعد رسولِ اللّهِ ﷺ، [١٦٣/ب] فقالَ قومٌ: أن أم الولد مملوكةٌ لولا ذلكَ لم يعوضهم رسولُ اللّهِ ﷺ، وقالَ بعضهم: بل هي حُرَّةٌ أعتقها رسول الله ﷺ، ففي ذا كانَ الاختلافُ[١]. وروي فرفع خوات إلى رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: «لا تباع وأمر بها فأعتقت»[٢]. وروي عن قتادة أنه قال: إن عمرَ وعُمر يعني عمرَ بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز أعتقا أمهات الأولادِ ومن بينهما من الخلفاءِ.

واحتجوا بما روي عن جابر رضي الله عنه، قال: كنّا نبيعُ أمهات أولادنا ورسول الله ﷺ بين أظهرنا إلى أن نهانا عنه عمر رضي الله عنه فانتهينا[٣].

وروي عن جابرٍ وأبي سعيدٍ الخدري رضي الله عنهما أنهما قالاَ: كنا نبيع أمهات الأولاد على عهدِ رسول الله ﷺ[٤].

ودليلنا أن النبي ﷺ قالَ عند موتهِ: «ما اختلفَ ديناراً ولا درهماً، ولا عبداً ولا أمةً»، قالت عائشة رضي الله عنها، فمارية، فقالَ: «تلك أعتقها ولدُها»[٥].

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٢٦٤٨٩).
(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/ ٣٤٥)، والدارقطني في سننه (٤/ ١٣٣).
(٣) أخرجه أبو داود في العتق، باب في عتق أمهات الأولاد (٣٩٥٤).
(٤) أخرجه أحمد في مسنده (١٠٧٨٠).
(٥) سيأتي تخريجه.

وقال الوليد بن عبد الرحمٰن عهدَ النبي ﷺ إلى عليّ رضي الله عنه أن أمَّ إبراهيم حُرَّةٌ(١)، وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ، قال لأم إبراهيم حين ولدت: «أعتقها ولدُها»(٢). وروى ابن عباسٍ رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «أيما أمةٍ ولدت من سيدها فهي حُرَّةٌ»(٣)، وروي: «فهي معتقة من دبرٍ منهُ»(٤)، وروى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قالَ: «أم الولد لا يبعن ولا يوهبن [١٦٤/أ] ولا يورثن، ويستمتع بها سيدها ما بدا له فإذا ماتَ فهي حُرَّةٌ»(٥).

وقالَ الإمام أحمد البيهقي: هذا رواه ابن عمرَ عن عمرَ وغلط من رفعه إلى رسول الله ﷺ، وروى ابن عباسٍ رضي الله عنه، قالَ: أعتق رسول الله ﷺ أمهات الأولاد، وقال: «لا يبعن في دينٍ، ولا يحصن في وصيّةٍ»(٦).

وأمَّا خبرهم فليس فيه أن النبي ﷺ علم ذلكَ فأقرهم عليهِ، ويحتمل أنه نهى عنه بعدَ ذلكَ ولم يبلغها النهي ويبلغ عمر ومن تابَعَهُ، فأجمعوا على تحريم بيعهن.

وقال الإمام أحمد البيهقي أقوى شيءٍ فيه إجماعُ الخلفاءِ، أو نحمله على الاستيلاد برفع النكاحِ.

ورفع إلى شريح رجلٌ تزوج أمةً فولدت له أولاداً ثم اشتراها فرفعهم شريح إلى عبيدة، فقالَ عبيدة: إنما تعتق أم الولد إذا ولدتهم أحراراً، فإذا ولدتهم مملوكين، فإنها لا تعتق وبهذا أجاب الشافعيُّ، وقالَ: لأن الرق جرى على ولدها لغيره.

فإذا تقرر هذا نقولُ: قال الشافعيُّ رضي الله عنه: ولا تخالف أم الولد المملوكة في شيءٍ إلا أنها لا تخرج من ملكه في دينٍ ولا غيره.

وهي في ثلاثة أحكام كالحرّة في البيع والرهن والهبة، وفي الكتابةِ خلاف ما ذكرنا وهي في ستة أشياء، كالأمةِ في ملك أكسابها ونفقتها ووطئها وفي العدة وشهادتها والجناية

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن جريج (١٣٢٣٦)، (٧/ ٢٩٤).
(٢) أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب أمهات الأولاد (٢٥١٦).
(٣) أخرجه الطبراني في الكبير (١١/ ٢٠٩)، بزيادة «فهي حرة بعد موته».
(٤) أخرجه أحمد في مسنده (٢٩٠٥).
(٥) أخرجه مالك في الموطأ في العتق، باب عتق أمهات الأولاد وجامع القضاء في العتاقة (١٥٠٩).
(٦) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٢٨٨).

عليها، وتخالف الحرة في جنايتها خطأ فإن أرشها على السيد وفي تزويجها اختلافٌ على ما ذكرنا في كتابِ النكاحِ.

وإذا تقرر هذا ففيهِ مسائلُ، أحدها: أن تعلق بولدٍ حر في ملكه فتصير أم ولدٍ بلا خلافٍ [١٦٤/ب] إلا في مسألة واحدةٍ وهي الراهنُ إذا أحبلَ جاريتَهُ المرهونة، فإنها لا تصير أم ولدهِ في أحد الأقوالِ على ما ذكرنا في كتاب الرهن.

والثانية: أن تعلقَ بولدٍ مملوكٍ في غير ملكٍ بأن يتزوج أمةً فأحبلها فأتت بولدٍ يكون مملوكاً، فلا يثبت للأم حكم الاستيلاد بحالٍ خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله إلا في مسألةٍ واحدةٍ، وهي المكاتب يستولد أمته يثبت له حكم الاستيلاد في أحدِ القولين، وإن كانَ الولد مملوكاً، والفَرقُ أنه قد ثبت لهذا الولد حكم الحرية، فإنهُ مكاتب على والدهِ وإن كانَ مملوكاً في الحالِ، وفي الولدِ الحاصل من النكاح لم يثبت حكم الحرية أصلاً، فلا يثبت لأمه حكم الاستيلاد كما لو استولدها بالزنا.

والثالثة: أن تعلق بحرٍّ في غير ملكه فهل تصير أم ولده فيه قولان ذكرناهما في مواضعَ.

فإذا تقرر هذا ينظرُ فإن أتت بولدٍ تام الخلقة، إمّا حيّاً وإما ميّتاً تعلق بولادتهِ أربعة أحكامٍ، وهي أن تصير أم ولده وتجب فيه الغرةُ بالجنايةِ، إن كانَ حراً أو عشر قيمة أمهِ إن كانَ مملوكاً وتجب فيه الكفارةَ وتنقضي به العدةُ.

وإن أتت بولدٍ ظهرَ فيهِ شيءٌ من خلقهِ الآدمي، إمَّا يدٌ أو رجلٌ أو ظفرٌ ونحو ذلكَ يتعلق بهِ هذه الأحكامُ أيضاً، وإن وضعت جسداً ليس فيه تخطيطٌ، وقال القوابل: إن فيه تخطيطاً باطناً تتعلق به هذه الأحكام أيضاً لأن المرجع فيهِ [١٦٥/أ] إلى القوابل اللاتي هن أهل المعرفة بذاكَ وقد شهدت بأنهُ ولدٌ.

وإن وضعت جسداً ليس فيه تخطيط ظاهرٌ ولا باطنٌ، ولكن قالت القوابلُ: بل هذا مبتدأ خلق لا آدمي ولو بقي لتخلق وتصوّر كانت بهِ أم ولدٍ أيضاً، فإن شككن فيهِ لم تكن به أم ولدٍ، هذا هو الطريق الصحيحُ، وهو الذي نصَّ عليهِ الشافعي، ونقلَهُ القاضي أبو حامدٍ ذكره القاضي الطبريُّ، وقالَ أبو إسحقَ: لا تصير بهذا أم ولدٍ قولاً واحداً، قالَ أبو حامدٍ وهو ظاهرُ ما نصَّ ههنا لأنه شرط أن يتبين فيهِ من خلقةِ الآدميّ، وهذا أصح عندي لأنه لا يُسمّى ولداً فلا تصير به أمَّ ولدٍ؟، ومن أصحابنا من قالَ: فيه قولان، ونص الشافعي في العدةِ، على أن العدةَ تنقضي به، وقد شرحنا هذا في كتاب العدة وذكرنا ما قيل فيه من الطرقِ.

فَرْعٌ

لو نظرَ إليهِ من الرجالِ من لهُ بصيرة وعلم ذلك قبلنا فيه قول رجلين وإنما نصَّ الشافعيُّ على النساءِ لأنّ الرجال قلما يتسلمون ذلكَ وليس ذلكَ تحتمٌ ولكن هو الأولى والعدالةُ شرطٌ في النساء وفي الرجالِ الذين رجعنا إلى قولهم.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: فإذا ماتَ عتقتْ مِن رأسِ المالِ.

إذا ماتَ سيدُ أم الولدِ، فإنها تعتقُ بموته من رأسِ المالِ بدليل ما روي أن مارية القبطية لمَّا أتت بإبراهيم ابن النبي ﷺ قالَ ﷺ: [١٦٥/ب] «أعتقها ولدها» أي أثبت لها حرمة الحرية وحقها ولم يرد به أنها عتقت في الحقيقة، ولا فرق بين أن يحبلها في الصحة أو في المرض لأنها بمنزلة ما يستمتع به من المأكول والطيب واللباس ونحو ذلك ولا فرق بين المديونِ وغيره لأن الاستيلاد لما تحقق صار كالاستهلاك بخلافِ التدبير، ولهذا جازَ بيع المدبّر دون أم الولدِ، وقد روي أن عكرمة سئل عن أمهات الأولادِ فقال: هن أحرارٌ، قيل له: بأي شيء تقوله، قالَ: بالقرآن، قالوا: بماذا قالَ: قالَ الله تعالى: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٥٩]، وكان عمرُ رضي الله عنه من أولي الأمرِ، قالَ: أعتقت وإن كانَ سقطاً وروي عنه أنه قالَ: أعتقها ولدها وإن كانَ سقطاً.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وولدُ أمِّ الولدِ بمنزلتِهَا(١).

أم الولدِ إذا أتت بولدٍ لا يخلو، إمَّا أن تأتي به من سيدها أو من غيره، فإن كانَ من سيّدها، فهو حرٌ لأن الأول أتت بهِ وهي مملوكةٌ، وكان حراً فهذا الولدُ الثاني وقد ثبت لها حق الحرية أولى أن يكونَ حُراً ولا يثبتُ الولاءُ على هذا الولدِ والاعتبار بالأم في رقِّ الولدِ وحريتهِ إلا في الاستيلاد فإن الولدَ في الحريّةِ تبع الأب لا تبع الأمِ، وإن أتت به من غيره، إمّا من زوجٍ أو من زنا. وقول الشافعي من حلالٍ أرادَ بهِ من زوج فإنه يثبت له الحرية مثل ما يثبت لها وتعلقَ عتقه بموت السيد، فلا يجوز له التصرف فيهِ [١٦٦/أ] بما لا يجوز في الأمِ لأن الولدِ تبعٌ للأم في الرقِّ والحريةِ وفي سَبب الحريّةِ إذا كانَ مُستقراً، ثم ينظر فإن ماتَ السيدُ عتقت الأمُ والولد بموتهِ، وإن ماتت الأم قبل موت السيدِ، فقد بطل حكم الحُرّيّةِ فيها، وبقي ذلكَ الحكم في الولدِ، فإذا مات السيد عتق بموتهِ من رأس المالِ لأن الحكم ثبت له ثبوتاً مستقراً فلم يبطل بموت الأم.

---

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/٣١٣).

ولأن عتقه غير موقوفٍ على عتق أمّه ولكن يوقف عتقه وعتق أمهِ على موت السيد، فإذا مات السيد بقي من بقي من الولد كجماعةٍ من المماليك تعلق عتقهم بوصفٍ، فمات بعضهم ثم وجدَ الوصف وبهذا يخالفُ ولد المكاتبة إذا عجزت نفسها وفسخت الكتابة، فإن ولدها يرقّ لأن أداء المال يسقط بفسخ الكتابةِ، وذلكَ العتق معلقٌ بصفةِ أداءِ المال، فإذا سقطت الصفةُ سقط العتق في الأمِ والولد جميعاً، وقد روي عن ابن عمرَ رضي الله عنهما أنه قالَ: إذا ولدت الأمَةُ من سيدها فنكحت بعدَ ذلكَ فولدت أولاداً كان ولدها بمنزلتها عبيداً ما عاش، فإن ماتَ فهم أحرارٌ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: ولو اشترى أمرأتَهُ وهيَ أمةٌ حاملٌ منهُ، ثمَّ وضعتْ عندَهُ عتقَ ولدُهُ مِنهَا.

الفَصْلُ

إذا اشترى زوجتَهُ وهي حامل فولدت عنده، فإن الولد يكون لسيد الأمة، وقد ملك ولده فعتق بالملكِ ولم يُرد بهِ الشافعي أنه يعتق يوم الوضع بل حكمنا بعتقه من بطنها يوم اشتراها حاملاً، وإنما هو توسع في العبارة ويثبت عليهِ الولاءِ.

وإن ولدت ثم اشتراها وولدها فأولى أن يعتق الولد، [١٦٦/ب] وأما الأمُ، فلا تصير أم ولدٍ لَهُ أبداً حتى تحمل منهُ وهي في ملكهِ وبه قالَ أحمدُ، وقال أبو حنيفة: تصير أم ولدٍ له لأنها علقت بولدٍ ثابت النسب منه، وقالَ مالكٌ: إن اشتراها وهي حاملٌ، فولدت عنده في ملكه تصيرُ أم ولد لهُ، وإن اشتراها بعد أن ولدت لا تصير أم ولد لَهُ. ودَليلُنا: أنها علقت بولدٍ مملوكٍ، فلا تصير أم ولدٍ له كما لو علقت بالزنا، وقد بيّنا أنه لو ملكَ ولد الزنا لا يعتق عليهِ خلافاً لأبي حنيفة.

ثم قال الشافعي رضي الله عنهُ: فإن أصابها بشبهةٍ فعلقت منه ثم ملكها لم تكن به أم ولدٍ، وقد ذكرنا أنه أحد القولين.

ولو كان بين رجلين أمةٌ فأصابها أحدهما فعلقت قد ذكرنا فيما تقدم حكمه ونشير في هذا الموضع، فنقول: إن كانَ معسراً فعليهِ نصف قيمةِ ولده ونصف مهر مثلها، وإن كان مُوسراً، فعليهِ نصف قيمتها لشريكه وكلها أم ولدٍ له، وفي نصف قيمةِ الولدِ قولان، قال القاضي أبو حامدٍ: لا يلزمهُ في أولاهما لأنه أتلف حق شريكه منها بالعلوقِ قبل: أن يكونَ للجنين قيمةٌ، وهذه العلّةِ لا تصح لأنه يوجب أن لا تجب أيضاً إذا كان معسراً لأنه أتلف حقَّ شريكه منه بالعلوقِ، قبل: أن يكونَ للجنين قيمة وقد نصَّ على أنه يجب ذلك ولكن العلة صحيحةٌ فيهِ أنا جعلناها أم ولده في الحال، فيكون الوضع في ملكه فلا تجب قيمة الولد بخلاف ما إذا كان مُعسراً فإنها وضعت نصفَهُ في ملكه ونصفه في ملك شريكه لأن

نصيب شريكه لم يصر أم ولدٍ لَهُ.

ثم قال: وللمكاتب أن يبيع أم ولده، وقد ذكرنا حكمه وعند أحمد لا يبيعها، وقالَ ابن أبي أحمد: [١٦٧/أ] لا تباع أم الولد إلا في ثلاثِ مسائل، إحداها: هذه، والثانية: أن يطأهَا فأولدها وهي مرهونة، والثالثة: إذا أحبلها بعدَ ما حنث وقد شرحناها فيما تقدم.

مَسْألَةٌ: قالَ: ولو أوصى رجلٌ لأمّ ولدِهِ أو لمدبرِهِ.

الفَصْلُ

أمّا أم الولدِ، فالوصيّةُ لها تصح لأن الوصية تلزمُ بعدَ الموتِ وهي حرةٌ في تلك الحالةِ فيصح أن تملك بالوصية، وأمَّا المدبر والمدبرة، فالوصيةُ لهما تصح أيضاً لأنهما يعتقان بموتهِ، ولكن أم الولدِ تعتق بموت السيدِ من رأس المالِ ويعتبر خروج ما أوصى لها من الثلثِ، فإن احتمل جميعه نفذت الوصيّةِ فيهِ، وإن لم يحتمل نفذ في القدر الذي يحتمله الثلث، وأمّا المدبر والمدبرة فيعتبر قيمتهما، وفيه ما أوصى لهما بهِ من الثلث، فإن احتمل جميع ذلكَ نفذت الوصيّة، وإن لم يحتمل بدىء باعتبار قيمة المدبر فإن خرجت من الثلث نظر حينئذٍ فيما أوصى به فإن بقي من الثلث شيءٌ نفذ بقدرهِ، وإن لم يبق شيء من الثلث بطلت الوصية، وإن لم يكن يحتمل الثلث جميع قيمة المدبر عتق منه بقدر ما يحتمله الثلث وبطلت الوصيةُ لَهُ.

مَسْألَةٌ: ولو جُنتْ أمُّ الولدِ.

الفَصْلُ

إذا جنت أم الولدِ فالأرش يتعلق برقبتها وعلى السيّدِ أن يفديها لأنهُ منع بَيعها بإحبالها، ولم يبلغ بها حالة يتعلق الأرشُ بذمتها ويفارقُ هذا إذا كان له عبدٌ، فأعتقه ثم جنى تعلق الأرش بذمته فيها.

فإذا تقرر هذا يضمن الأقل من قيمتها أو الأرش بخلافِ العبدِ القن في أحدِ القولين، فإنه يفديه بأرش الجنايةِ بالغاً ما بلغَ [١٦٧/ب] لأنهُ يمكن بيعه بخلافِ أم الولد فإن فداها السيدُ، ثم جنت ثانياً، فقد ذكرنا في كتاب الجناياتِ قولين: أحدُهما، أن الثاني يشارك الأولَ وعلل ههنا لهذا القول بأن إسلامه قيمتها كإسلامهِ بدنها لو كانت أمةً، قناً: فليس عليهِ سوى القيمة الواحدة.

ثم قالَ: ويدخلُ على هذا أن إسلامه قيمتها لو كانَ كإسلامه بدنها إلى الأول لزم

الأولُ إخراجُ تلك القيمة بتمامها إلى الثاني إذا بلغ أرش الجنايةِ الثانية قيمتها كما لو سلم الجارية الجانية إلى الأول فجنت في يده جناية يستغرق قيمتها وَجبَ تسليمها إلى الثاني، والقول الأول أن السيد يغرم جنايتها، الثانية كما غرم الأولى واختار المزني هذا القول، وبه قال أبو إسحق، وقالَ: هذا أشبه بالحق عندي، ثم احتج المزني بحجةٍ أخرى للشافعي، فقالَ: لو كانَ إسلام قيمتها كإسلام بدنها لوجبَ أن تكونَ الجناية الثانية على قيمتها ولبطلت الشركة، وفي إجماعهم على إبطالِ ذلكَ إبطال هذا القول، وفي إبطاله ثبوت القول الآخر إذ لا وجه لقول ثالثٍ، نعلمه عند جماعةِ العلماءِ ممن لا يبيع أمهات الأولاد.

ثم قالَ: وإذا افتكّها ربها عن الجنايةِ الأولى صارت بمعناها المتقدم لا جنايةَ عليها ولا على سيّدها، فكيف إذا جنت لا يكون عليه مثل ذلكَ قياساً؟، فالجواب أن السيّد في الجناية الأولى قد غرم جميع قيمتها لمنعهِ إياها عن البيع بالاستيلاد، والمنع لم يتكرر من السيّد بتكرر الجنايةِ كما يتكرر في العبد القن فكذلك لا يتكرر الغرم عليهِ، وإنما قلنا: لا يسترجعُ كل القيمةِ [١٦٨/أ] من الأولِ لأن الجناية الثانية لم تحصل في ملك الأولِ حتى يلزمه الفداءُ، أو التسليم، وإنما حصلت في ملك السيد، ولكن الجناياتُ سواءٌ في حق السيدِ، وهو ما ذكرنا من أن المنع واحدٌ فيها.

واحتج أيضاً بأن قالَ: وقد ملكَ المجني عليهِ الأرش بحقٍّ، فكيف يجني غيره وغير ملكه وغير من هو من عاقلته فيجبُ عليهِ غرمهُ أو غرم شيء منه وأرادَ بهذا أن المجني عليهِ الأول قد ملكَ الأرش بكمالهِ وهو قيمة أم الولدِ، فإذا جنت جناية أخرى لم يجز أن يسترجع منه بعض تلك القيمة بجنايةٍ حصلت من غيره وغير ملكه، وغير من هو من عاقلته ليحترز ذلك عن عبده إذا جنى وعن حميمه الذي هو من عاقلتهِ، والجوابُ أن نقول: نحن إذا سلمنا قيمةَ أم الولدِ إلى الأول، نقطع القول بأنها صارت مسلمةً له حيث لا يسترجعَ منهُ بعضها، ولكن حكمنا له معَ جواز نقص ذلكَ الملك، بمعنى عارض في بعض تلك القيمة ألا ترى أن الورثة إذا اقتسموا الميراث حكمنا لهم بالملكِ؟، ثم إذا وقعت بهيمة في بئرٍ حفرها مورثهم نقضنا ملكهم في التركةِ بجنايةٍ حصلت من غيرهم وغير ملكهم وغير من هو من عاقلتهِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وإذا أسلمتْ أمُّ ولدِ النصرانيِّ.

الفَصْلُ

إذا كانَ للذمي أم ولدٍ فأسلمت لا تعتق عليهِ، ولا تباعَ ولا تستسعى، ولكن يحالُ بينَهُ وبينها وتجعل في يدِ امرأةٍ ثقةٍ ينفق عليها من كَسْبها، فإن فضل شيءٌ من كسبها كانَ لسيدها، وإن عجز عن نفقتها لزم السيّد تمامها، وبه قالَ أحمدُ وإسحقُ وجماعةٌ، وقالَ

مالكٌ تعتق بإسلامها [١٦٨/ب] ولا شيءَ عليها في إحدى الروايتين، وفي الرواية الثانية عنهُ أنها تباع عليهِ، وقال أبو حنيفة رحمه الله: تستسعى في قدر قيمتها، فإذا أدّت عتقت وهو روايةٌ عن أحمد، وقالَ أبو يوسفَ ومحمد: تعتق ثم تستسعى في قيمتها، وقال الأوزاعي: يعتق نصفها، وتستسعى في النصف الباقي، ودليلنا: أنه إسلام طرأ على ملكٍ فلا يقتضي عتقاً كالعبد القن إذا أسلم وقد دللنا على بطلانِ الاستسعاءِ.

فَرْعٌ

قالَ أبو إسحقَ: إذا أرادت التزويج في هذه المسألةِ زوجها الحاكم، وكانَ للسيدِ مهرُها، وكذلكَ إن اختار تزويجها وكرهته هي غير أنه لا يزوجها فإنما يزوجها الحاكم، وتكون نفقتها على زوجها، وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل يجوز تزويجها؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يزوجها هو ولا الحاكمُ لأن ولاية التزويج لا تثبت إلا مع الموالاة في الدين، وهذا أظهرُ وهو اختيار القفالُ، والثاني: يزوجها النصراني لأنه يتصرّف بالملكِ، فلا يمنع اختلاف الدين، وما ذكرنا أصح.

فَرْعٌ

قالَ أبو إسحق: هذه الجاريَةُ ما دامت مقيمة لا تتزوج فهي أحق بحضانةِ الولدِ، فإذا تزوجت صار الأبُ أحقُّ بالولدِ إلا أن يخاف الفتنة على دينهِ فيمنع من ذلكَ، وإذا كان طفلاً لا يعقل فهو أحق بهِ، قال الشافعي رضي الله عنه: فإن أسلم خلى بينهما لأن المنع إنما تعلقَ بكفره، فإذا أسلم زال المانع.

مَسْألَةٌ: قالَ: وإذا توفيَ سيدُ أمِ الولدِ أو أعتقَهَا فلاَ عدةَ.

لا تجب العدة عليها، ولكن يجب الاستبراءُ، فإن كانت [١٦٩/أ] من ذوات الإقراءِ، فإنها تستبرأ بقرءٍ واحدٍ، وبه قالَ مالكٌ وأحمد، وقال الثوري: تعتد بقرءين، وقال أبو حنيفة: تعتدُّ بثلاثة أقراءٍ، وقال إسحق: يلزمها عدة الوفاةِ، وقد مضت هذه المسألةُ بشرحها في كتاب العدة وإن كانت من ذواتِ الشهور، ففيه قولان: أحدُهما: يلزمها شهرٌ واحدٌ لأن كلَّ شهرٍ في مقابله قرءٍ، والثاني: يلزمُ ثلاثة أشهرٍ وهو الأصح لأن براءة الرحم لا تعلم بدون ذلكَ لأن الولد يبقى في البَطن أربعين نطفةً وأربعين علقةً وأربعين مضغةً، فيتصور بعد ثلاثة أشهرٍ وينتفخ جوفها، فيعلم أن بها حملاً، وقيل: ذلكَ لا يعلم واختار المزني القول الأول.

مَسْألَةٌ: قالَ المزني: وقد قطعَ في خمسةِ عشرَ كتاباً بعتقِ أمهاتِ الأولادِ، ووقفَ في

غيرِهَا.

قالَ أبو إسحقَ: ليس للشافعي في أم الولدِ إلا قولٌ واحدٌ أنها لا تُباعُ، والذي حكاهُ المزنيُّ إنما هو قولٌ حكاهُ الشافعي عن غيره وليس يتوقف منه فيه ولفظه في بعض المواضع لا يجوز بيعُها في قولِ من لا يبعها يشير بذلكَ إلى خلافٍ كان في السلفِ، وذلكَ الخلافُ اليومَ مهجورٌ، والفقهاءُ متفقون على منع بيعها فلا يكون هذا توقفاً فغلطَ المزني في هذا، وقيل: معناهُ توقف استيضاحاً لحكم الاجتهاد، وإفساد الدعوى للإجماع رداً على مالكٍ رحمهُ الله، فإنه ادعى بالاجماع في هذه المسألةِ بناءً على أصلهِ في أن الإجماع إجماع أهل المدينة فقط لأن علياً رضي الله عنه استجد خلافه في جواز [١٦٩/ب] بيعها بالكوفة بعدَ أن وافقَ أبا بكرٍ وعمرَ رضي الله عنهما بالمدينةِ، فلم يعتد مالك بخلافهِ بعد خروجهِ عنها، والشافعي يخالفهُ فيما يعتقده من الإجماع في تحريم بيعها، وفيما يراهُ من إجماع أهل المدينةِ.

مَسْأَلَةٌ: قالَ: وفي كتابِ النكاحِ القديمِ ليسَ لهُ أنْ يزوجَهَا بإذنِهَا.

في تزويج أم الولدِ ثلاثة أقوالٍ ذكرناها في كتاب النكاح، والأصحُّ أنه يجبرُها على التزويج، وبه قال أبو حنيفة، واختَارَهُ المزني، فإذا قلنا: بالقولِ القديم لا يزوجها أصلاً، فإن أذِنت، قد ذكرنا عن ابن أبي إسحقَ والإصطخري أنهما قالا: لا يزوجها الحاكمُ على هذا القولِ لأن الحريّة إذا منعت ولاية المولى، وهو السيّدُ فلأن تمنع ولاية الحاكم أولى، وهذا يدلُّ على ضعف هذا القول، وأن الصحيح ما ذكرنا وإذا جوّزنا تزويجها فزوجها انقطع ملك السيّدِ عن استمتاعها ويحرم عليه وطئها، ويحل ذلكَ لزوجها ويلزمهُ المهرُ، ويكون ذلك للسيّدِ لأنه من جملة الكسبِ.

فَرْعٌ

لوأرادَ أن يزوج ابنةَ أم الولدِ، فهي كالأم فيها ثلاثةِ أقوالٍ: وإذا جوّزنا تزويجها يجوز أن يزوجها من غير استبراءِ بخلافِ أم الولدِ لأنها ليست فراشاً للسيّدِ.

فَرْعٌ آخرُ

لو كانَ الولد غلاماً لم يكن للسيد إجبارُهُ على النكاح لأنه ليس بتكسبٍ فيجبره عليهِ بِخلافِ الأم، وليس لهذا الغلام أن يتزوج بغير إذن السيّدِ وفي جواز تزويجهِ بإذن السيّدِ وجهان، تخريجاً من الأقوالِ في أمهِ.

فَرْعٌ آخَرُ

إذا وطىء أختَهُ من الرضاعةِ [١٧٠/أ] بملك اليمين يلزمهُ الحد في أحدِ القولين والتعزير في القولِ الآخرِ، والنسبُ يلحقهُ ويكون الولدُ حراً، وتصير الجاريةُ أمَ ولدٍ له بكل حَالٍ، وليس على أصلنا وطىءٌ يجب به الحدُّ، وتصير الجاريةُ أم ولده غير هذا الوطىء، وهكذا الكافر إذا وطىء أمتَهُ المسلمة قبل أن تباع عليهِ، هل يجبُ الحدُّ قولان وعلى كل حالٍ تصير الجاريةُ أم ولده لأنها علقت بحرٍّ في ملكه كالمسلم سواء.

فَرْعٌ آخَرُ

أم الولد تضمن بالغصب خلافاً لأبي حنيفة وهذا على أصلهِ أن التضمين يوجب التمليك ولا يملك أم الولدِ.

فَرْعٌ آخَرُ

قالَ أحمدُ: إذا أحبل جارية ابنه تصير أم ولده ولا يلزمه قيمتها، ولا مهرها لأنه لا يضمن قيمة ولدها، وهذا لا يصح لأنه لو لم يحبلها لزمَهُ مهرها، فكذلك إذا أحبلها، ولأنه أتلفَ ملكَ غيرِهِ فيستحيل أن لا يلزمهُ الضمان.

فَرْعٌ آخَرُ

للسيدِ إجارة أم الولدِ على ما ذكرنا وحكي عن مالكٍ أنه ليس له إجارتها لأنَّهُ لا يبيعُها، فلا يؤجرها كالمكاتبةِ، وهذا لا يصحُّ لأنهُ يملكُ استخدامها فيملكُ إجارتها كالأمةِ القن سواء ويخالف المكاتبةَ لأنهُ لا يملكُ استخدامُها، والله تعالى أعلم.

انتهى الجزء الرابع عشر من كتاب بحر المذهب للإمام أبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني قاضي طبرستان، وانتهى بنهايته جميع الكتاب، ولِلَّهِ الحمد والمنة.

الحمد لِلَّهِ رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين وسلم تسليماً كثيراً.

محتوى الجزء الرابع عشر من كتاب بحر المذهب

كتاب العتق

كتاب الولاء

كتاب المدبر

كتاب مختصر المكاتب

كتاب كتابة النصراني